

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“CONSECUENCIAS LEGALES EN PERJUICIO DE MENORES EN
ACTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR”**

Presentada por:

Br. PAMELA KAROLINA SILUPU TEMOCHE

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Línea de Investigación:

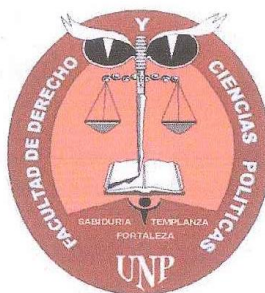
Legislación y Ciencias Políticas

Sub línea:

Derecho Civil: Nuevas Tendencias

**PIURA – PERÚ
2018**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS




TESIS

**“CONSECUENCIAS LEGALES EN PERJUICIO DE MENORES EN
ACTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO


Br. PAMELA KAROLINA SILUPU
TEMOCHE
Ejecutor


Mg. ESTHEL Y ROSA BAYONA CASTRO
Asesor

Línea de Investigación:

Legislación y Ciencias Políticas

Sub línea:

Derecho Civil: Nuevas Tendencias

PIURA – PERÚ
2018

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION

Yo PAMELA KAROLINA SILUPU TEMOCHE identificado con CU/DNI -N° 72627732, en la condición de EGRESADO, de la Facultad de DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS y domiciliado CALLE SAPILLICA MZ. B3 LTE. 21 en Distrito 26 DE OCTUBRE Provincia DE PIURA Departamento de PIURA Celular 937020766 Email: pameee.23@hotmail.com

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N° 411, del código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.



Piura 04 de Setiembre del 2018


CU/DNI:

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales -RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



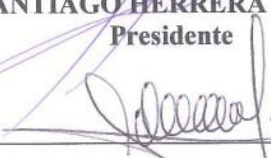
TESIS

**“CONSECUENCIAS LEGALES EN PERJUICIO DE MENORES EN
ACTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR”**


TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO



Dr. SANTIAGO HERRERA NAVARRO
Presidente



Dr. GRIMALDO CHONG VASQUEZ
Secretario



Mg. ALBERTO CHUMACERO MORALES
Vocal

PIURA – PERÚ
2018



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
038-UI-FDCCP-UNP-2019

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada: **"CONSECUENCIAS LEGALES EN PERJUICIO DE MENORES EN ACTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR"**, presentada por la Bachiller **PAMELA KAROLINA SILUPÚ TEMOCHE** con el asesoramiento de la Mag. Esthely Rosa Bayona Castro; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA ()

DESAPROBADA ()

Con la mención de:

Rosa Bayona

- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que la sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 26 de enero de 2019

[Signature]
DR. SANTIAGO HERRERA NAVARRO
PRESIDENTE

[Signature]
DR. GRIMALDO SATURDINO CHONG VÁSQUEZ
SECRETARIO

[Signature]
MAG. JOSE ALBERTO CHUMACERO MORALES
VOCAL

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación está dedicado a Dios por haberme dado la vida, a mis padres por apoyarme en todo y aquellas familias peruanas que se encuentran inmiscuidas en procesos judiciales a fin de que tomen conciencia del daño que ocasionan en sus hijos.

AGRADECIMIENTO

Quisiera dar el agradecimiento más profundo a Dios por Darme la vida y permitir que día a día sea una mejor persona y profesional, a mis padres, hermano por estar en todo momento para mí, ser mi apoyo y hacer que logre mis metas.

Finalmente a mi asesor de tesis, quien es un ejemplo de una combinación de saberes y disposiciones, de un modo singular de transmisión de conocimiento

¡Gracias!

INDICE GENERAL

| | |
|--|-----|
| RESUMEN..... | XIV |
| ABSTRACT | XV |
| INTRODUCCIÓN | 16 |
| CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA | 17 |
| 1.1. Descripción de la realidad problemática..... | 17 |
| 1.2. Justificación e Importancia de la Investigación. | 19 |
| 1.3. Objetivos..... | 19 |
| 1.3.1. Objetivo General..... | 19 |
| 1.3.2. Objetivo Específico..... | 19 |
| 1.4. Delimitación de la Investigación..... | 20 |
| 1.4.1. Delimitación espacial..... | 20 |
| 1.4.2. Delimitación temporal | 20 |
| 1.4.3. Delimitación económica..... | 20 |
| CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO | 21 |
| 2.1. Antecedentes de la investigación. | 21 |
| 2.2. Bases teóricas..... | 22 |
| 2.2.1. Violencia Familiar | 22 |
| 2.2.2. Tenencia | 23 |
| 2.2.3. Interés superior del niño..... | 24 |
| 2.2.4. Alienación Parental..... | 25 |
| 2.3. Glosario de términos básicos | 26 |
| 2.4. Marco referencial | 28 |
| 2.4.1. Familia | 28 |
| 2.4.1.1. Definición | 28 |
| 2.4.1.2. Tipos de familia | 28 |
| 2.4.1.3. Nuevas formas y categorías de relaciones familiares | 30 |
| 2.4.1.4. Relaciones matrimoniales..... | 31 |
| 2.4.1.5. Crisis familiar | 33 |
| 2.4.1.6. El conflicto familia..... | 34 |
| 2.4.1.7. Causas Judiciales de Iniciación de Conflicto..... | 35 |
| 2.4.2. Violencia familiar | 41 |

| | | |
|---------------------------------------|--|----|
| 2.4.2.1. | Definición | 41 |
| 2.4.2.2. | Causas de la violencia familiar | 43 |
| 2.4.2.3. | Violencia física | 46 |
| 2.4.2.4. | Violencia psicológica | 46 |
| 2.4.2.5. | Situación del menor..... | 49 |
| 2.4.2.6. | Síndromes, patologías y problemas psicológicos actuados en los procesos de familia | 49 |
| 2.4.3. | Síndrome de alienación parental (SAP) | 52 |
| 2.4.3.1. | Agente alienador, perturbador y progenitor | 52 |
| 2.4.3.2. | Descendiente o dependiente alienado..... | 53 |
| 2.4.3.3. | Agente receptor de la alienación | 53 |
| 2.4.3.4. | Familia alienada | 53 |
| 2.4.3.5. | Niveles de generación del SAP | 56 |
| 2.4.3.6. | Evolución de Leyes de protección contra la violencia familiar | 59 |
| 2.4.3.7. | Maltrato infantil | 63 |
| 2.4.4. | Patria potestad | 66 |
| 2.4.4.1. | Concepto de patria potestad | 66 |
| 2.4.4.2. | Signos distintivos de la patria potestad | 67 |
| 2.4.4.3. | Características de la patria potestad | 68 |
| 2.4.4.4. | Extinción y Suspensión o de la patria potestad..... | 68 |
| 2.4.4.5. | Cese temporal y definitivo de la patria potestad | 70 |
| 2.4.5. | Tenencia | 71 |
| 2.4.5.1. | Tenencia en niños y adolescentes | 71 |
| 2.4.5.2. | Clasificación de la tenencia | 72 |
| 2.4.5.3. | Variación de la tenencia | 74 |
| 2.4.5.4. | Condiciones para Garantizar el Bienestar del Menor | 75 |
| 2.4.5.5. | Alimentos | 76 |
| 2.4.6. | Principio de Interés superior del niño | 77 |
| 2.5. | Hipótesis | 80 |
| 2.5.1. | Hipótesis general | 80 |
| 2.5.2. | Hipótesis específicas | 80 |
| CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO..... | | 81 |
| 3.1. | Enfoque y diseño..... | 81 |
| 3.2. | Sujetos de la investigación..... | 81 |

| | |
|--|-------------------------------------|
| 3.3. Métodos y procedimientos..... | 81 |
| 3.4. Técnicas e instrumentos..... | 81 |
| 3.5. Aspectos éticos..... | 82 |
| CAPÍTULO IV: PROBANZA DE HIPOTESIS: ANÁLISIS DE RESULTADOS | 83 |
| 4.1. PROBANZA JURIDICO SOCIAL Y ANÁLISIS DE RESULTADOS | 83 |
| CONCLUSIONES | 94 |
| RECOMENDACIONES | 95 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 96 |
| ANEXOS..... | 100 |
| APÈNDICE | Error! Bookmark not defined. |

ÍNDICE DE CUADROS

| | |
|---|----|
| CUADRO N°01: Población Encuestada..... | 84 |
| CUADRO N° 02: Consecuencias Legales de los Actos de Violencia entre Progenitores..... | 86 |
| CUADRO N° 03: Criterios para Otorgar la Tenencia del Menor..... | 92 |

ÍNDICE DE FIGURAS

| | |
|---|----|
| Figura N° 01: Evolución psicopática del Síndrome del Padre en el ámbito jurídico..... | 51 |
| Figura N° 02: Análisis del entorno y contexto del SAP..... | 58 |
| Figura N° 03: Población encuestada..... | 85 |
| Figura N° 04: Consecuencias legales de los actos de violencia entre progenitores..... | 86 |
| Figura N°05: Criterios para otorgar la tenencia del menor..... | 92 |

ÍNDICE DE ANEXOS

| | |
|--|-----|
| Anexo 01: Cronograma de ejecución..... | 101 |
| Anexo 02: Presupuesto..... | 103 |
| Anexo 03: Matriz de consistencia..... | 104 |

RESUMEN

La presente investigación gira en torno a la problemática de determinar cuáles son aquellas consecuencias legales en perjuicio de los menores, que se generan a raíz de la violencia familiar que se vive en el entorno que los rodea.

Además abarcará la institución familiar de tenencia estableciendo quien es el progenitor que se encuentra en la mejor situación para cuidar, proteger tanto física como emocionalmente al menor, veremos que no siempre el ambiente en el que vive el menor es el adecuado, debido a que el entorno en el que vive no es apto para el debido a los actos de Violencia Familiar que se da en el núcleo en el que vive; incluso se analizarán situaciones en la que el progenitor que tiene la tenencia del menor, lo manipula, ello con el fin de que el menor actúe en perjuicio del padre que no posee la tenencia sin embargo tiene el derecho a régimen de visitas, es ahí donde se analizará el síndrome de alienación parental del que son víctimas en ocasiones los niños.

Se observará la forma en que el legislador ha regulado esta institución y cómo deberá actuar el juez antes de determinar quién es el progenitor que poseerá la tenencia del o los menores así como cuándo se dará la variación de la tenencia siempre y cuando se salvaguarde el principio del interés superior del niño, los derechos que le reconoce el Código de Niños y Adolescentes, Convenciones y La Legislación Peruana.

Palabras Clave: Violencia familiar, tenencia, menor, interés superior del niño, Síndrome de Alienación Parental (SAP).

ABSTRACT

The present investigation revolves around the problem of determining what are the legal consequences to the prejudice of minors, which are generated as a result of family violence that is lived in the environment that surrounds them. It will also cover the family institution of tenure establishing who is the parent who is in the best situation to care for, protect both physically and emotionally the child, we will see that not always the environment in which the child lives is appropriate, because the The environment in which he lives is not suitable for him due to acts of Family Violence that occur in the nucleus in which he lives; even analyze situations in which the parent who has the minor's possession, manipulates it, this in order that the child acts to the detriment of the father who does not own the possession but has the right to visitation, is where the syndrome of parental alienation that children are victims of will be analyzed.

It will be observed how the legislator has regulated this institution and how the judge should act before determining who is the parent who will own the tenancy or minors as well as when the change in tenure will occur provided that the principle is safeguarded of the best interest of the child, the rights recognized by the Code of Children and Adolescents, Conventions and Peruvian Legislation.

Keywords: Family violence, tenancy, minor, child's best interest, Parental Alienation Syndrome (SAP).

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación titulado “CONSECUENCIAS LEGALES EN PERJUICIO DE MENORES EN ACTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR” tiene como finalidad revelar la problemática que se vive en nuestro país como consecuencia de la violencia familiar; como sabemos en el Perú existen una variedad de conflictos en los cuales se obtiene como resultado el daño de forma indirecta de los menores.

Refiriéndome a la realidad peruana, la problemática que se vive actualmente, como consecuencia de los conflictos en los que se encuentran inmiscuidos los progenitores. Aquellos en los que debido a ese actuar violento termina por perjudicar a sus menores hijos, de manera indirecta, lo que trae consigo daños irreversibles ya sea en el desarrollo del menor en el aspecto psicológico, físico, emocional y afectivo.

Es por ello que esta investigación tiene como objetivo general poder establecer cuáles son aquellas consecuencias legales que se han establecido en este tipo de situaciones que comúnmente se vive en las familias constituida de todo el país.

El análisis parte de la exigencia de la pérdida de tenencia en caso exista este tipo de conflictos entre progenitores, en los cuales se visualice un perjuicio y daño hacia el menor de manera indirecta; debido a que presencia dichas situaciones.

En casos concretos se da la llamada alienación parental, la que como veremos en el desarrollo de esta investigación, consiste en que uno de los progenitores manipule al menor de modo que se "aleje al menor" del progenitor del cual se le perjudica, tales actitudes por parte de los progenitores, se realizan con el fin de que se manipule al menor y en el acto de que el Juez si fuera el caso, decidiera tomar en cuenta la decisión del menor de con quien de sus padres quisiera quedarse, uno de los progenitores alienadores, obtenga un beneficio al encontrarse manipulando al menor a quien el juez decida tomar en cuenta su decisión.

Esta investigación se desarrollara a fin de obtener conocimientos amplios de la institución familiar de la tenencia de niños y adolescentes que sean víctima de los conflictos de los progenitores, en el Perú, además de descifrar cuáles son las consecuencias que estos conflictos causados por una crisis familiar, generan en los niños los cuáles son irreversibles pudiendo provocar daño o trastornos lo que se vería reflejado de forma negativa a medida que el niño se convierte en adulto.

En la práctica buscaré obtener cuáles son los criterios que toman los Jueces en los Juzgados de Familia para poder tomar una decisión respecto a los progenitores y la tenencia de los menores.

CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. Descripción de la realidad problemática.

En la actualidad en nuestra sociedad, se vive un ambiente de violencia ya sea infantil, contra la mujer y un sin número de abusos contra la persona.

Como bien sabemos esto se inicia desde los hogares, la cual se incrementa cuándo los padres se encuentran en medio de litigios y se agrava cuando se inmiscuye a los menores hijos quienes son los más perjudicados en este tipo de conflictos. Estas situaciones se pueden observar y vivenciar a menudo cuando los padres son quienes llevan estos problemas al hogar e inician las discusiones dentro del mismo, incluso disputas por la tenencia de los hijos, delante de ellos, lo cual hace que el hogar se convierta en un ambiente no apto para los menores.

Esta situación y modo de convivir de la familia hace que cuándo se den ciertas situaciones de agresión hacia algún miembro de esta, sea observado por los hijos quienes al vivenciar esto pueden presentar ciertas conductas que son consecuencia del comportamiento que observaron de los padres, como puede ser en el caso de que sus calificaciones en el colegio sean desaprobatorias; que cuando jueguen con otros niños o con sus propios juguetes sean violentos, además pueden presentar insomnio y otras conductas que son prueba de que las actuaciones que los padres realizan están perjudicando o deteriorando la evolución del niño. Por ello es que debemos velar por el derecho que poseen estos, de poder vivir en un ambiente sano.

La humanidad está cada vez más empeñada en mostrar su indolencia e indiferencia contra aquellos seres humanos más vulnerables por su condición biológica y psicológica que son nuestros niños y adolescentes. Como lo venía comentando en líneas anteriores el hogar es el lugar donde ellos más sufren e incluso en donde ellos se encuentran más inseguros, debido a que conviven con su agresor, quienes con facilidad ejercen el maltrato contra estos seres indefensos.

Según datos informativos de UNICEF (JUNCO SUPA, 2014) a diario miles de niños y niñas en el Perú son maltratados física y psicológicamente por sus padres, madres, parientes, profesores o por cualquier adulto que considera al castigo físico como normal, natural, aceptable e incluso hasta “necesario”. Muchas de estas víctimas son partícipes de la cifra oculta que no son registradas como datos estadísticos y que se visibilizan cuando las consecuencias del maltrato son graves, como lesiones que originan incapacidades o puede llegar a ocasionar la muerte.

El maltrato infantil es un tema que tiene un impacto devastador pues no solo genera consecuencias pasajeras si no que existen casos en que los menores crecen y llevan consigo el maltrato del que fueron víctimas y son conductas que se repiten en el desarrollo de su vida, además también se habla de situaciones en que los menores son torturados o “corregidos” por conductas incorrectas, pero tal es el grado en que los padres con el fin de corregirlos, llegan a lastimarlos tanto física como psicológicamente en una magnitud que es irreversible y grave para ellos, podrían quedar discapacitados o llevarlos a la muerte, pues no se tienen control del daño que pueden producir en las víctimas.

Estas actitudes y acciones en las que los menores se ven afectados, violenta el principio de interés superior del niño pues por la edad ellos se encuentra expuesto a situaciones de vulnerabilidad y manipulación. Lo que en estos casos es positivo para los menores es que naturalmente cuentan con los padres como modelo a seguir, que sean ellos quienes les brinden seguridad, un hogar saludable para ellos donde encuentren afecto, un ambiente familiar adecuado para ellos, que vivan en armonía y cuenten

con los valores que ellos deben asimilar, aprender; pues toda persona adulta que se encuentre a cargo de un niño, debe saber y ser consciente que es responsable de la educación, contención y protección, es el espejo donde el individuo en desarrollo reposa, el ejemplo que copiar.

El niño cree en sus referentes sin lugar a dudas. No se permite pensar que el adulto puede engañarlo o dañarlo. Necesita de su protección, debe para sobrevivir confiar. Por ello cuando vulnera el responsable el derecho de un niño, se provoca en la psiquis de las criaturas grietas irremediables, que se reflejan necesariamente al crecer e incorporarse a la sociedad como un adulto, es decir que repita ciertas conductas que él cree correctas y que copio de su “modelo”.

Una de las consecuencias que se da ya sea por el maltrato infantil y por el tema de que los padres que se encuentran en constantes disputas legales, sería la vulneración del principio de interés superior del niño ya que este si bien es cierto busca en primer lugar la protección y bienestar de los menores, la que a medida que pasa el tiempo se ve más perjudicada, quizá porque los padres cuando fueron niños vivieron lo mismo y no saben cómo actuar frente a estas situaciones que se les presentan o también a modo de corrección de las diferentes conductas inapropiadas que los menores realizan y actúan de forma violenta con ellos de tal manera que corrijan estas acciones. Otra de las consecuencias y que está amparada por nuestra legislación es que debido al ambiente violento en que viven los padres que es observado por los hijos es la pérdida de la Tenencia compartida ya que esta no es posible obtenerla cuando no se vive en un ambiente de armonía el cual sería propicio para el bienestar del menor.

En la actualidad en nuestro país se admitió El Reglamento de la Ley 30403 fue aprobado mediante Decreto Supremo 3-2018-MIMP, publicado el 9 de marzo en el diario oficial El Peruano, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes ello con el fin de lograr el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes en un ambiente de protección sin violencia, no solo en su familia sino en todos los ámbitos en los que transcurre la niñez y adolescencia, comprendiendo la escuela, la comunidad, lugares de trabajo, entre otros relacionados. El objetivo de esta ley es erradicar lo que en nuestra sociedad a la actualidad se ve con mucha frecuencia, el hecho de corregir actitudes incorrectas de los menores, mediante castigos físico y psicológicos que transgreden los derechos fundamentales de los niño, afectan su autoestima, ello se manifiesta en el ambiente en el comportamiento que presentan con sus amigos, familia, escuela y /o otros ambientes donde se desenvuelven a diario en el transcurrir de sus vidas.

1.2. Justificación e Importancia de la Investigación.

En nuestra legislación, si bien es cierto se encuentran regulados derechos que protegen a los niños y adolescentes, establecidos en el Código del niño y adolescente y Convenciones Internacionales; sin embargo estos no son de eficaz cumplimiento, lo que más causa desconcierto es que son los mismos progenitores quienes violentan o vulneran estos derechos de sus propios hijos.

Es en la actualidad que se observa y vivencia un sin número de casos en que se perjudica a los niños y ello como consecuencia de problemas o controversias de los adultos (padres). De modo que perjudican la esfera psicológica, emocional e incluso física del menor al no permitirles que se desarrollen como lo harían los niños que viven en un hogar pacífico.

Por lo que esta investigación se realiza con el fin de poseer una visión metódica de las consecuencias legales que se podrían dar debido a la violencia que existe en los padres de estos seres indefensos y que además son el futuro de nuestra sociedad, ¿Qué tipo de sociedad podemos esperar cuando son los padres quienes no propician un mejor desarrollo social y psicológico es sus hijos? al contrario son ellos quienes deterioran la psiquis del menor, mostrándoles un ejemplo erróneo que debido a que sus padres son su modelo, lo más probable es que adopten estas conductas, por ello es importante que podamos conocer y determinar cómo se puede sancionar de forma legal estas conductas de los progenitores, con el fin de velar por un mejor desarrollo y protección del menor en nuestra sociedad.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

✓ Determinar cuál es la consecuencia legal de los actos de violencia entre los progenitores.

1.3.2. Objetivo Específico

- ✓ Determinar la relación que existe entre el derecho de tenencia y la violencia familiar.
- ✓ Analizar a que está supeditada la interpretación del art. 81 del código de niño y adolescentes, referente a la tenencia.
- ✓ Reconocer de que manera se ven afectados los niños que viven en un ambiente de violencia familiar.

1.4. Delimitación de la Investigación

1.4.1. Delimitación espacial

La presente investigación está delimitada a la ciudad de Piura.

1.4.2. Delimitación temporal

Nos enmarcaremos en el contexto 2017 y actualidad.

1.4.3. Delimitación económica

Correrá a cuenta personal del investigador, quien tiene que afrontar económicamente los gastos tanto en materiales, recursos, que se requieran para los fines de la presente investigación.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación.

Luego de haber realizado una investigación exhaustiva referente a las variables de estudio como son: la violencia familia, el interés superior del niño y la tenencia se han encontrado diferentes antecedentes que vienen ser útiles dentro del presente trabajo de investigación.

Los antecedentes que se han recopilado que consecuentemente hacen referencia a la investigación que se está desarrollando basado a nivel local, nacional como internacional.

A continuación, se presentan los siguientes antecedentes:

Antecedentes nacionales:

❖ (GARCIA GONZALO, 2017) En su tesis para obtener el título profesional donde la presente investigación está referida al llamado “Síndrome de Alienación Parental” latentes en los procesos de tenencia ; teniendo como antecedente lo resuelto por el Órgano Jurisdiccional competente , como es en la Casación N° 2067-2010 donde enseña que , la manipulación de los hijos por parte de un cónyuge , o el entorno familiar de este , con intención de que rechace a su otro progenitor que viene a ser un tipo de Violencia Psicológica que constituye Maltrato Infantil , hecho que produce una grave perturbación en el niño , pudiendo llegar a inducir en estas víctimas , depresión crónica , incapacidad de funcionar en un ambiente psico-social normal, trastornos de identidad y de imagen , desesperación, sentimientos incontrolables de culpabilidad , sentimientos de aislamiento , comportamientos de hostilidad , falta de organización, trastornos de personalidad , esquizofrenia y a veces suicidio

❖ (LOPEZ REVILLA, 2016) En su tesis de licenciado “Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los juzgados de familia de lima: principio de interés superior del niño” que fue realizada en la Universidad de Huánuco , en la Facultad de Derecho, donde la problemática se fundamentó en determinar los alcances de los diversos tipos de tenencia de niños y adolescentes , en cuanto a las ventajas y desventajas que adquieren cada una de ellas , teniendo como punto de partida un Principio Superior del Niño, que ayudara a garantizar el desarrollo integral del menor ya que es aquel que resulta mas afectado frente a la disputa entre los progenitores por obtener su custodia.

Antecedentes internacionales:

(ECHEVARRIA GUEVARA, 2011-2012) En su tesis doctoral “La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos”, que fue realizada en la Universidad de Granada, en la Facultad de Derecho, donde la problemática de dicha investigación se basó en la importancia de la delimitación de la tenencia compartida para un desarrollo del menor pues especifica que en los casos en donde los progenitores no tengan una relación mala entre ellos mismos, se pueda dar preferencia a este tipo de tenencia, todo a su vez, cuando este tipo de tenencia según el respaldo científico y psicológico hagan que el menor pueda desarrollarse libremente no perdiendo presencia de ninguno de los roles paternos y protegiendo el interés superior del niño.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Violencia Familiar

Las relaciones entre individuos no es un tema novedoso en la realidad nacional, acostumbrada a prácticas negativas, antagónicas y excluyentes.

La cultura nacional se ha desarrollado sobre una práctica de violencia manifiesta en una multiplicidad de elementos, los cuales en algunos casos son evidentes y en otros subliminales.

Frente a estas situaciones de violencia generalizada, es que la ley en la última etapa del siglo pasado, reguló dichas situaciones, sobre todo debido a una presión social que exigía un mínimo de sensibilidad social del legislador frente a los débiles de las familias disfuncionales. (BERMUDEZ TAPIA, 2012)

En el Perú se inicia la lucha contra la violencia Familiar y se convierte en una prioridad. En el año 1993 se promulga la ley 26260 que establece la política nacional para hacer frente a la violencia familiar.

Posteriormente, establece que se define a la violencia familiar como cualquier "acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual producida entre: cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad en las uniones de hecho, quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, y quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia " ley 29282. (LEY, 2008)

En su informe mundial sobre la violencia y la Salud la (ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD, 2002) define a la violencia como: El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.

En dicho informe divide a la violencia en tres grandes categorías según el autor del acto violento: violencia dirigida contra uno mismo, violencia interpersonal y violencia colectiva. Esta categorización inicial distingue entre la violencia que una persona se infligida a sí misma, la infligida por otro individuo o grupo pequeño de individuos y la infligida por grupos más grandes, como los estados, grupos políticos organizados. La violencia interpersonal se divide en dos subcategorías: Violencia intrafamiliar o de pareja: en la mayor parte de los casos se produce entre miembros de la familia o compañeros sentimentales, suele acontecer en el hogar, segundo violencia comunitaria: se produce entre individuos no relacionados entre sí, acontece fuera del hogar. El primer grupo abarca formas de violencia como el maltrato infantil, en el segundo grupo se incluye la violencia juvenil, violaciones y agresiones sexuales por extraños.

2.2.2. Tenencia

La tenencia y la custodia de los hijos es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida o a un tercero si fuese necesario. (AGUILAR, 2014)

El Dr. Fermín Chunga La Monja (CHUNGA LA MONJA, 2001), nos da un concepto de tenencia " Desde el punto de vista jurídico la tenencia es la situación por la cual el menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres a tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo por extensión señala el Código, la Tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés"

En tal sentido el código civil del niño y adolescentes, en su artículo 81, establece que: "cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta en parecer del niño, niño o adolescentes. de no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el Juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niño o adolescentes" así pues el Código Civil se muestra como una norma mucho más abierta que el Código Civil.

Por su parte el artículo 85 de la norma en mención señala:" El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente". Ello no implica que el juez decida siempre atendiendo a los deseos de los menores.

Sin duda la tenencia es un tema muy importante dentro del derecho de familia, (AGUILAR, 2014) fundamenta que al determinarse se precisa con quien vivirán los menores, ya sea con el padre o con el padre o con la madre. Cuando los padres estén separados, la tenencia de los niños y adolescentes generalmente se determinara de común acuerdo con ellos. Sin embargo, al no haber acuerdo de los padres o si estando de acuerdo, este resulta perjudicial para ellos, la tenencia la resolverá el juez de familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. Actualmente en nuestro medio tenemos la denominada tenencia compartida o coparentalidad, mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente o cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. La características de la coparentalidad es que los dos padres, pese a vivir separados, llevan a cabo los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad se robustece dado que ambos padres la ejercerán directamente. En tal orientación, la tenencia compartida es aquella en la que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor.

2.2.3. Interés superior del niño

Se ha llegado a entender por interés superior todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de la personalidad. Esta es la manera en que se asume un apropiado ejercicio de protección hacia los niños y adolescentes, ejerciendo la providencia en algunos casos o impartiendo ordenes respecto a su educación como ocurría con el Tribunal de la Cancillería, que actuaba en nombre de la Corona Británica, o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal para un mayor bienestar de los niños y adolescentes pudiera alterar las reglas de custodia en caso de divorcio. Avanzando en el tiempo, se observa como la Declaración de Ginebra de 1924, se establecería el imperativo de su salvaguardia, utilizando frases como la de los “niños primero”. A partir de allí, con el fin de lograr el mejor tratamiento posible, se ha llegado a formular la necesidad de reconocimiento de un “interés superior del niño y adolescente”, superándose el reconocimiento del “favoris minoris”. (MONTROYA CHAVEZ, 2007)

En ese sentido, ¿Qué significa una doctrina como esta en el ámbito internacional? Según la DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, todo niño o adolescente “gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”; es más, en toda medida gubernamental, “la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (DDN, 2)¹. En ese mismo sentido, se encuentra la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO que señala que este interés deberá ser observada por “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” (CDN, 3.1). Una norma de ese tipo tiene un germen específico más general, por no restringirlo a los niños y adolescentes, en lo señalado en el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, respecto al “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (PIDCP, 11)²

En el ordenamiento jurídico, se han elaborado diversos mecanismos para que los niños y adolescentes, en especial los que sufren desamparo, puedan ser favorecidos y fortalecidos en la observancia de su dignidad. Entendiendo correctamente la situación que los rodea, los derechos que se le asignan y la posición que asumen dentro de las prioridades estatales y comunales, ellos tendrán mayor oportunidad de ser respetados. No hay que ser ciegos ante la realidad. Por eso, debe buscarse su tutela de la integridad personal, tanto corporal, sexual, psíquica y espiritual, pues solo así se conseguirá una protección estatal y en su ultima instancia en aras de la dignidad personal. (LANDA ARROYO, 2000)

(PLACIDO V, 2015) En su libro “MANUAL DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES desarrolla ciertas críticas en base al Interés Superior del niño. El artículo 3 establece el principio de que el interés superior del niño será consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. En razón de su relativa inmadurez, los niños pequeños dependen de autoridades responsables, que evalúan y representan sus derechos y su interés superior en relación con decisiones y medidas que afecten a su bienestar, teniendo en cuenta al hacerlo sus opiniones y capacidades en desarrollo. El principio del interés superior del niño aparece repetidamente en la Convención (en articular en los artículos 9, 18, 20 y 21, que son los más pertinentes para la primera infancia). El principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas activas, tanto para

¹ Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, Resolución N° 1386 (XIV)

² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento bienestar como para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño.

2.2.4. Alienación Parental

El síndrome de Alienación Parental (SAP) es una patología nueva en el ámbito judicial, que se analiza en el campo de las relaciones conflictivas entre familiares próximos, generalmente progenitores, provocando en un familiar dependiente, generalmente el/los hijos(s) una alienación o conducta de rechazo sobre un progenitor en particular.

Por su novedad en el ámbito nacional, existe muy poca referencia. Adicionalmente existe una mala sistematización de la información porque no la abordan jurídicamente, desvirtuando su real contenido de ser una manifestación de violencia psicológica al interior de las relaciones padre-hijo-madre-tercero(a). (BERMUDEZ TAPIA, 2012)

2.3. Glosario de términos básicos

- **Familia:** conjunto de las personas que descienden de un tronco común y que se relacionan entre sí por el matrimonio y la filiación.
- **Desarrollo Integral:** proceso continuo, permanente y participativo que busca desdoblar armónica y coherentemente todas y cada una de las dimensiones del ser humano.
- **Convención sobre los Derechos del Niño:** es un tratado internacional de las Naciones Unidas por el que los estados firmantes reconocen los derechos del niño.
- **Crianza:** proceso en el tiempo y en el espacio que permite tener cuidado del niño hasta que se hace adulto, lo que implica un esfuerzo físico y emocional.
- **Derechos:** en plural hace referencia a aquello que se concede o reconoce a un sujeto de derecho.
- **Sujeto de Derecho:** es aquel individuo sobre el cual recae derechos y obligaciones.
- **Tenencia:** es un atributo dado por vía judicial o convencional en donde uno o ambos de los padres ejercen derecho y deber del desarrollo de los hijos.
- **Progenitores:** antepasado directo de una persona en especial el padre y la madre.
- **Menor de edad:** es aquel individuo que aun no ha alcanzado la edad adulta; comprendida por la infancia y parte de la adolescencia.
- **Coparentabilidad:** la modalidad de custodia de los hijos que tiene como principal objetivo que éstos sigan manteniendo un contacto asiduo con ambos progenitores.
- **Maltrato infantil:** acción u omisión no accidental en el trato hacia un menor, por parte de sus padres o apoderados, que le ocasiona daño físico o psicológico y que amenaza el desarrollo de tales funciones.
- **Convivencia:** compartir de forma constante con otra persona, es decir, hecho de vivir en compañía con otros individuos.
- **Violencia:** todo acto que guarde relación con la práctica de la fuerza física o verbal sobre otra persona, animal u objeto originando un daño sobre los mismos de manera voluntaria o accidental.
- **Violencia familiar:** designa aquellos actos violentos recurrentes que uno o más integrantes de una familia ejercen contra uno o varios de sus miembros. En tanto, esa violencia puede consistir en ataques físicos o en su defecto puede implicar acoso psicológico y hasta amenazas.
- **Síndrome de Alienación parental:** es un conjunto de síntomas que son consecuencia del uso de diferentes estrategias por parte de un progenitor, en las que ejercen influencia en el pensamiento de los hijos con la intención de destruir la relación con el otro progenitor.

- **Patria potestad:** es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga a los padres sobre aquellos hijos menores no emancipados o que se encuentren incapacitados, su objetivo es tutelar el sostenimiento y educación de los hijos.
- **Tenencia compartida:** situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o conyugal, ambos progenitores ejercen la custodia legal de los hijos.
- **Juez:** persona investida de autoridad jurisdiccional, quien decide en un proceso la solución que se debe dar al litigio planteado.
- **Discrecionalidad:** aquella decisión que no obedece a una normativa concreta sino que se basa en el criterio/ que se hace libre y prudencialmente.
- **Interés superior:** se justifica como la mayor atención prestada a las necesidades de la persona menor, sin duda valorada forzosamente en u propia dimensión pero también sin desatender su notoria proyección de adulto en formación.
- **Interés Superior del Niño:** es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral del niño, que aseguren su protección contra malos tratos.

2.4. Marco referencial

2.4.1. Familia

2.4.1.1. Definición

(ENGELS, 1884) Afirma que es la institución creada y regulada por la sociedad, que implica una evolución positiva y jurídica del estado primitivo del trato sexual informal, al matrimonio por grupos, a la poliandria hasta la institucionalización del matrimonio por las diferentes culturas históricas.

(LISSARRGUE NOVO, 1998) El ámbito social finalmente está constituido por relaciones entre individuos que se fundamentan cognoscitivamente en representaciones y que poseen la coherencia que les proporciona las actitudes que entre si mantienen los individuos, las pautas institucionalizadas y las metas que de modo más o menos permanente, se persiguen.

(FERNANDEZ SESSAREGO, 2014) Nos habla que en un primer problema que se observa es que ningún texto sea constitucional o sea legal, ni los convenios internacionales que tratan el tema, definen esta, y ello puede ser positivo o negativo de acuerdo o como se le quiera ver. En efecto, nuestra Constitución cuando impone el Estado y sociedad la protección de la familia, no nos dice que debemos entender por familia, si se trata solo de un tipo de familia o grupos de familia, y así este silencio conlleva a que nuevas formas de familia (la familia monoparental, ensambladas o reconstituidas, e incluso las uniones de hecho entre personas heterosexuales o del mismo sexo) no tengan la protección debida, y ello en atención a que, aparentemente, la priorización de la sociedad peruana estaría dada por la familia que nace del matrimonio, si no atenemos a o que fríamente dice el texto constitucional, luego de imponer el deber del Estado de proteger a la familia y promover el matrimonio; sin embargo, esta interpretación es una lectura sesgada de la Constitución con la que mostramos total disconformidad; ahora bien, otra lectura más integral puede conducirnos a que la no definición de la familia resulta positiva, en tanto que al no reducirse y definirse la familia en un concepto único, quizás aludiendo a la llamada familia nuclear, basada exclusivamente en el parentesco consanguíneo, en consecuencia y por interpretación, podríamos recoger a estas nuevas formas de aparición de la familia que ya la vemos a diario en nuestro colectivo social, y así lo está reconociendo nuestro Tribunal Constitucional, quien través de sucesivas resoluciones, se pronuncia por las llamadas familia , sin desconocer a ninguna de ellas, y ello conlleva obviamente una nueva forma de regular las relaciones familiares .

2.4.1.2. Tipos de familia

a) Familia nuclear

Es la conformada por las relaciones entre padre, una madre y la descendencia de ambos.

En este tipo de familia, no es imprescindible que exista una relación matrimonial entre los progenitores, porque se incluye también a las relaciones convivenciales (propias e impropias) y las surgidas por procreación de la descendencia, sin que exista cohabitación de por medio.

- El hogar nuclear sin hijos, constituida por parejas (INEI, 2010):

Recién unidas o que no desean tener hijos o que postergan el primer hijo o hija, representan el 6,3% (425 mil 233) del total de hogares. Este tipo de hogar es jefaturados casi en su totalidad por los jefes hombres, constituyendo el 5,7 % del total de hogares y las jefas sólo el 0,6%.

- El hogar nuclear con hijo o hija con ambos miembros de la pareja:

Pueden ser jefaturados por el jefe hombre o la jefa mujer, representando el 35,0% (2 millones 363 mil 325) del total. Los jefes hombres conducen el 33,0% (2 millones 227 mil 994) del total de hogares, las jefas sólo el 2,0% (1 millón 35 mil 331). Es decir, sólo el 33,0% de los hogares en el Perú está dentro del modelo ideal de la familia nuclear.

b) Familia Monoparental

Viene a ser aquella unidad familiar en la que una madre o un padre viven con sus hijos. En otras palabras, hay un cabeza de familia que es el responsable de los hijos. Esta modalidad puede suceder por motivos muy diversos: por la defunción de uno de los progenitores, por tratarse de una madre soltera, por la separación de los padres, cuando un hombre soltero decide adoptar a un niño, una situación en la que un progenitor se ve obligado a emigrar dejando a sus hijos al cuidado del otro progenitor o en aquellos casos en los que legalmente un padre pierde la custodia de sus hijos.

c) Familia Amplia

Es la constituida por parientes consanguíneos entre diferentes generaciones, generalmente residentes en un único domicilio.

d) Familia Extensa

Es aquella familia en la cual se registran niveles de relaciones personales frecuentes y fluidas, de diferentes ámbitos generacionales, pero que a la vez identifican diferentes ámbitos de residencias como domicilio.

Es en términos sencillos, la familia que involucra abuelos paternos, maternos, tíos, sobrinos, primos, nietos que se suelen frecuentar en fechas especiales y ocasiones especiales.

e) Familia Compuesta

Es la conformada por parientes consanguíneos en diferentes generaciones, residentes en un único domicilio, a quienes se les une terceras personas en relaciones matrimoniales, adquiriendo condición de familiar con vínculo de afinidad, por categorización general

f) Familia Ensamblada

Es la que está compuesta por agregados de dos, relaciones familiares, preexistente a la relación familiar estable, conformada por dos progenitores, con su propio progeñie, a la cual, adicionalmente, se incorporan los hijos concebidos en común.

Los progenitores, en este tipo de familia, superan los límites de categorización de las relaciones matrimoniales (matrimonio y convivencia) y ponderan positivamente las relaciones de solidaridad, convivencia y asistencia mutua.

Se le denomina también como “familia reconstituida”, a pesar de su denominación contiene un error material porque no implica una reunificación familiar, sino la unión de un miembro de una familia con una tercera persona, la cual, se inserta en las relaciones familiares en virtud a su vínculo familiar o matrimonial (BERMUDEZ TAPIA, 2012)

2.4.1.3. Nuevas formas y categorías de relaciones familiares

Por la propia evolución de la familia en la actualidad surgen nuevas categorías de relaciones familiares. Estas denominaciones provienen de la interpretación de los resultados estadísticos de los censos de población que el INEI difunde, principalmente porque son elementos valorativos importantes al momento de la planificación de políticas públicas.

Los elementos más características en estas estadísticas son:

a) Relaciones familiares sin hijos en común

Generalmente las conformadas por persona sin una carga familiar y que todavía dependen económicamente de su familia.

Las causas de estas situaciones se producen o por la iniciación de una relación matrimonial o por convivencia, o por el factor de la edad que rodea a las partes que conforman la relación matrimonial y convivencial (RIVAS, 2004).

En términos económicos y patrimoniales constituyen una población ideal para efectos de relaciones financieras, bancarias y económicas porque las partes fondean su autonomía económica, aun por encima de los intereses de la pareja.

Este conjunto poblacional es la que provoca mayores conflictos judiciales en el ámbito de la división de la sociedad de gananciales o del patrimonio colectivo familiar, principalmente porque los niveles de satisfacción de los intereses económicos son elevados

b) Familias monoparentales

Es la conformada por un único progenitor (varón o mujer) con su proge, residiendo en un solo domicilio. Al faltar este, el (los) hijo (ese) se quedan a cargo del sobreviviente. Estas situaciones se dan por:

- El fallecimiento de uno de los progenitores.
- La migración de uno de los progenitores, que provoca la división de la familia, y que la reagrupación eventualmente nunca suceda.
- El abandono material y moral de uno de los progenitores, que se manifiesta en la salida de este del hogar familiar.

Siendo la característica fundamental en estas familias, la presencia de la madre sobre la del padre, la doctrina contemporánea está desarrollando la teoría de la matrifocalidad de la familia.

Las familias que son monoparentales por un largo plazo producen, entre otros problemas, las patologías típicas de los individuos provenientes de las familias disfuncionales en los hogares que constituyen, manifestado en los diferentes síndromes o en la creencia de la fragilidad de los vínculos (afectivos y/o sexuales) como síntoma de fracaso. (BELEN JIMENEZ, 2005)

Síndrome como el de Medea, Estocolmo y Alienación, entre otros, son el resultado casi natural de los problemas provenientes de este tipo de familia principalmente cuando se desarrolla cuando se desarrolla con contexto de matrifocalidad (el núcleo familiar únicamente consiste en la madre y los hijos, ya sea de forma permanente o por largos periodos temporales).

c) Familias con el nido vacío

Son las que caracterizan por la ausencia de hijos, ya sea porque estos conforman sus propias familias o porque la propia pareja opta por no tener proge.

Esta fase forma parte del ciclo vital de familia y es un proceso natural. A pesar de la supuesta división, en realidad, la familia, aun función como una unidad social importante, pero los

objetivos y los niveles de vinculación varían, debido principalmente a la autonomía de los hijos frente a los progenitores.

A pesar de ser un proceso natural, producen entre los progenitores niveles de depresión y eventualmente general críticos de estabilidad de la salud de estos, razón por la cual su vinculación supera al contexto del derecho de familia porque implica una visión de políticas públicas, de atención a las personas de la tercera edad, como ocurre, por ejemplo, en los países europeos, que atienden estas circunstancias y ponderan la distribución de proyectos de inversión económica para atender este sector y evitar asumir elevados costos en las políticas públicas de atención en el sector salud. (SALUD, 2002)

2.4.1.4. Relaciones matrimoniales

Son las surgidas por una adecuación legal a las relaciones afectivas formadas entre dos personas del sexo opuesto, las cuales, pueden generar (SMALLY, 2006)

A) Matrimonio

Es la clásica institución civil de carácter familiar y de naturaleza vincular religiosa, la misma que se encuentra desarrollada en la doctrina y la legislación, sin algún elemento evolutivo desde su concepción en el Derecho Romano

El matrimonio es una institución natural, de orden público, que en mérito al consentimiento común en la celebración del acto nupcial, mediante ritos o normas legales de formalidad, se establece la unión de una persona natural con otra fundada en principios de indisolubilidad, estabilidad, lealtad y fidelidad mutuas que no pueden romper a voluntad.

Es la Unión de personas mediante determinados ritos—sociales, religiosos o legales—para la convivencia y con la finalidad de criar hijos. No decimos dos personas, porque en los países musulmanes una persona se puede unir en matrimonio con más de dos mujeres. No decimos personas de “distinto” sexo ya que también se pueden unir en matrimonio personas del mismo sexo.

Los ritos para la celebración del matrimonio en distintas regiones del mundo difieren bastante, van desde sencillas ceremonias como el matrimonio civil, hasta fastuosas ceremonias religiosas. Decimos solo “para criar hijos”—finalidad del matrimonio— ya estos pueden ser adoptados y no ser de la pareja. (MACHICADO, 2017)

El doctor (CORNEJO CHAVEZ), por su parte, expresa: "por el matrimonio el hombre y la mujer, asociados en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley, se complementan recíprocamente cumpliendo los fines de la especie, se perpetúan al traer a la vida inmediata descendencia"

En cuanto a los fines del matrimonio, hay consenso entre los autores de que son dos los fines que inducen a una pareja para celebrarlo.

El primero es individual, de carácter personal, por el que los contrayentes buscan el auxilio recíproco, en una plena comunidad de vida: en tanto que el segundo es el específico, de carácter colectivo, que canaliza la contribución de los cónyuges a la conservación y perpetuación de la especie humana, mediante procreación.

Alrededor de sus fines es que se han dado muchas definiciones del matrimonio, como la que dio el Código Civil de 1852, que en su artículo 1825 dice: "Por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer una vida común, concurriendo a la conservación de la especie".

Si bien, aquellos son los dos fines básicos que se persiguen, con la celebración del matrimonio, tanto en la doctrina como en el Derecho Positivo, no han sido elevados expresamente a la categoría de requisitos concurrentes y sustanciales para la celebración válida del matrimonio y que, por tanto, el incumplimiento de los mismos acarrea la nulidad consiguiente.

El Código Civil Peruano de 1984, que en su artículo 234 dice : "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común"; abren la posibilidad para la celebración válida del matrimonio sólo para los efectos del fin individual, a lo que se agrega que no se conoce Código Civil alguno que considere entre los impedimentos para el matrimonio la incapacidad para procrear.

Parafraseando a Cornejo Chávez nos refiere que se hace referencia a una de las fases del matrimonio, es decir a la situación jurídica en la que permanentemente quedan los cónyuges como consecuencia de la celebración del acto jurídico, y el compromiso que asumen los contrayentes para cumplir con los deberes que impone el matrimonio.

Por ello a manera de conclusión, se establece que son caracteres fundamentales del matrimonio la unidad, la permanencia y la legalidad, porque da lugar a una unión permanente, que tiene que haberse constituido, y debe desenvolverse, de conformidad con los lineamientos y formalidades que la ley establece.

i. Convivencia propia

La cual se caracteriza porque la pareja no tiene impedimento legal para formalizar su unión.

En esta clasificación se infiere que los individuos que conforman las uniones de hecho no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio. Es decir, se encuentran aptos para asumir el matrimonio; la permanencia vendría a ser elemento esencial de la unión de hecho. Siendo ello así, la unión de hecho, debe extenderse por un período prolongado, además de ser continua e ininterrumpida. Si bien la Constitución no especifica la extensión del período, el artículo 326° del CC sí lo hace, disponiendo como tiempo mínimo 2 años de convivencia. La permanencia establece evidencia su relevancia en cuanto es solo a partir de ella que se puede brindar la seguridad necesaria para el desarrollo adecuado de la familia.

Cuando el concubinato propio termine ya sea por muerte, ausencia (cuando uno de los concubinos lleve más de 2 años desaparecido), mutuo acuerdo (cuando ambos concubinos están de acuerdo en terminar el concubinato) o por decisión unilateral (cuando uno de los concubinos abandona al otro), se liquidará la comunidad de bienes, en caso de que ésta exista.

De darse el último supuesto mencionado en el párrafo anterior, el ex concubino abandonado, además de los derechos que le correspondan de la liquidación de la sociedad de bienes, tendrá derecho a solicitar a su ex concubino, ante el Juez competente, el pago de una indemnización o de una pensión de alimentos. (CHANG TOLEDO, 2015)

Al respecto, y dada la propia lógica social, si no existe impedimento matrimonial ¿por qué la pareja no se casa?

La respuesta además de ser amplia, implica una serie de situaciones en nuestro país, el cual tiene las estadísticas más altas, a nivel mundial, de convivencias frente a las relaciones matrimoniales.

Las respuestas pueden ser:

- Porque no quieren una relación formal y legal.
- Porque los costos que implican una relación de este tipo son muy elevados
- Porque los costos que supone la disolución de esta relación son cuantiosos.
- Porque la pareja prefiere, primero, ponderar un nivel de conocimiento mutuo para luego decidir una unión formal en el mediano plazo.
- Porque la pareja no asume un compromiso a largo plazo.

ii. Convivencia impropia

Son aquellas uniones convivenciales que no surten efectos legales respecto de derechos equivalentes a un matrimonio, sin que ello implique una desprotección de los derechos individuales, respecto de futuros planteamientos indemnizatorios o económicos, vinculados a la tutela de los derechos de los dependientes de parte del agente que provoco el perjuicio.

Eventualmente, es el factor social que provoco la promulgación de la ley N° 29277, Ley del Divorcio Notarial y Administrativo, conformes puede acreditar en el contenido del Dictamen de la Comisión de Justicia del congreso de la Republica que Proponía su regulación.

Abarca a aquellas parejas que no podrían contraer nupcias debido a que uno de ellos o los dos tiene ya un vínculo matrimonial con tercera persona, o se encuentran impedidos de casarse por cualquier otra causal.

Vendría a ser a aquella que se caracteriza porque uno de los miembros de la relación tiene algún impedimento legal que es la que imposibilita que se formalice la unión.

Por el desarrollo de las diferentes realidades sociales y familiares, es factible visualizar en la vida social una implícita subdivisión en esta categoría, porque no todas las personas que conforman este tipo de convivencia conocen los elementos que rodean a la pareja, ya sea porque (BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012):

- Se desconoce la existencia de una relación familiar paralela, previa a la que se conforma.
- O se desconozca la existencia de algún impedimento legal, que pudiera provocar un conflicto al momento de la determinación de una variación de estatus de la pareja

2.4.1.5. Crisis familiar

La crisis es un estado temporal de trastorno y desorganización, causado, en el ámbito familiar, por la incapacidad de sus miembros para abordar situaciones particulares de incidencia negativa en las relaciones familiares.

El tiempo de duración de la crisis esta vinculado a las causas que la provocaron, las cuales se mantendrán en el tiempo si no hay mecanismos de oportunidad que se deseen emplear para alcanzar una solución en las relaciones familiares ya deterioradas.

La crisis familiar a diferencia del conflicto, no necesariamente provoca la separación entre las cabezas de familia, ya que inclusive pueden mantenerse unidas por vínculos jurídicos o por una convivencia mutua sin un dialogo cordial, por residir en un único domicilio.

Para superar esta crisis, el perdón entre la pareja es un factor de gran importancia; pero, de no remediarse tanto en sus aspectos fundamentales como en los tangenciales, provocará necesariamente el decaimiento de la relación familiar.

2.4.1.6. El conflicto familia

Es el conflicto que surge al interior de una familia, sin importar su categoría, y puede ser clasificado en diferentes niveles (BERMUDEZ TAPIA, 2012):

➤ **POR LAS CONDICIONES QUE LO PROVOCAN.-**

- Acción directa de las cabezas del hogar. Las cuales en el ámbito jurídico son calificadas como causales de divorcio.
- Contexto Económico Negativo. Ya sea por carencia o por cuestiones de administración de los recursos económicos familiares; el manejo del dinero, en general, es el factor recurrente más próximo a los conflictos familiares.
- Contextos de Inadaptación Interpersonal. El cual se produce al interior de las parejas que optan por una separación, basada en criterios y posiciones personales.

➤ **POR LAS SITUACIONES JURIDICAS A DESARROLLARSE.-**

- *Por la Disolución de la relación Familiar;*

La cual puede ser detallada:

- Al matrimonio, surge el divorcio.
- A la convivencia, surgen los efectos legales del divorcio.
- A la relación convivencial impropia, surgen los efectos legales generados por las relaciones familiares existentes en procesos como alimentos, tenencia, régimen de visitas, patria potestad, etc.
- Abandono material y moral.

- *Por la División y Categorización de la Administración de los Bienes Económicos Familiares.*

- Por la disolución del régimen económico matrimonial
- Por la división del patrimonio familiar.

➤ **POR LAS SITUACIONES LEGALES QUE PUEDAN SURGIR ENTRE AS CABEZAS DE FAMILIA**

- Separación de cuerpos
- Violencia familiar
- Reconciliación
- Reunificación familiar.

2.4.1.7. Causas Judiciales de Iniciación de Conflicto

Son las causales descritas en el artículo 333º del Código Civil y sobre el particular, existe un estudio jurisprudencial sobre las diferentes categorías analizadas, en “Divorcio y Separación de cuerpos” (BERMUDEZ TAPIA, *Divorcio y Separación de Cuerpos*, 2009), en el cual se analiza aproximadamente más de cuatro mil sentencias.

Para efectos referenciales, limitaremos los contenidos dogmáticos en el desarrollo de las causas judiciales de iniciación del conflicto judicial.

A) ADULTERIO.-

Configurado cuando uno de los miembros de la relación familiar (matrimonial o convivencia) ha mantenido relaciones sexuales con terceras personas, de sexo opuesto.

Evidentemente, se vincula al ámbito de una situación provocada y con el conocimiento de los involucrados, producto de una situación (acción) inmoral respecto de la relación familiar. La conducta ejecutada atenta contra los fines del matrimonio y vulnera los principios que lo regulaban, y que fueron motivo principal para que la pareja formalice su relación, pasando de un noviazgo a un matrimonio.

Se excluye en este sentido, situaciones como:

- Casos de procreación asistida, a causa de la infertilidad de alguna de las partes de la relación matrimonial.
- Casos de violación sexual y posterior embarazo.

Sin embargo, a pesar de ser la primera causal regulada por el Código Civil, es también a la par (en términos negativos) la más compleja de acreditar en un proceso judicial, lo cual puede convertir la causal en inoperativa, debido a los elevados niveles de impunidad, lo que perjudica a las partes débiles sobre todo de acreditar tales hechos.

En el Derecho Comparado, sin embargo, ante la necesidad de dotar de mejores instrumentos de apoyo y auxilio a las partes débiles, para demostrar la acreditación de una unión carnal entre un sujeto vinculado en matrimonio con una tercera persona ajena de la relación matrimonial del primer sujeto, se puede encontrar las siguientes alternativas legales:

➤ *La legislación estadual de Sonora y Morelos en México*, que regulan la tentativa de adulterio. (SALAS ALFARO, 1994)

Evidentemente, la posibilidad de dejar un ámbito regulatorio resultaría peligroso en este contexto, por el cual el legislador estadual mexicano prudentemente regule un reglamento sobre el particular.

➤ Desarrollo de las consecuencias legales filiales, que acreditan acceso carnal de un cónyuge con tercera persona, respecto del nacimiento de un hijo.

Esta situación se da con la Ley Bush o Ley del Genetic Information Nondiscrimination Act, suscrita el 21 de mayo de 2008, la cual si bien tuvo un origen destinado a proteger a los usuarios

de todo sistema de seguros, especifica que los contenidos pueden ser utilizados en el sistema judicial para efectos de ser utilizados como medio probatorios. (MCWAY, 2010)

➤ Ley N°1226, Sistema de Identificación al recién nacido y de su madre (12-01-2004), de Argentina, el cual, según el artículo 1°, procura garantizar el legítimo derecho a la identidad biológica entre el hijo y su madre.

Sin embargo, y a pesar que la ley no lo menciona, el verdadero objetivo de esta propuesta normativa partió por ponderar el derecho de los varones presuntamente asignados como padres de los hijos.

Esta situación venía provocando el incremento de los procesos de impugnación de paternidad, principalmente en Buenos Aires, a cargo de los cónyuges varones, quienes acusaban primero la impugnación de paternidad y posteriormente la solicitud de divorcio por causal de adulterio.

Las asociaciones de género de Buenos Aires, ante esta situación, provocaron la modificación del nombre de la iniciativa legal y la adecuaron a la necesidad de acatar una disposición de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, referente al caso de identificación genética de las casos provenientes de las Abuelas de Mayo, quienes a pesar de acreditar la relación biológica con un nieto/nieta, no podían acceder a mayores derechos relacionados al vínculo paterno filial.

➤ En el ámbito nacional, la Ley que regula el procedimiento de acreditación científica de la filiación por medios científicos, es una valiosa herramienta para acreditar un adulterio.

Sin embargo, y en forma complementaria al desarrollo de las variaciones de las tendencias morales en nuestro país, es factible observar que, en los mismos laboratorios de evaluación y acreditación genérica, son las mujeres quienes usualmente son las más interesadas en conocer sobre la paternidad de sus hijos, por no están seguras.

Esta situación se refleja en el ámbito judicial nacional, cuando es observable según estadísticas del Banco Mundial, que los procesos de divorcio ahora son promovidos mayormente por varones, quienes acreditan el adulterio de sus cónyuges, con la verificación de que otro sujeto es el padre de la criatura a la que consideraban hijo biológico.

B) VIOLENCIA FISICA O PSICOLOGICA

Es el acto o continuos actos de violencia ejercida, sobre todo, hacia las “partes débiles” de las relaciones familiares.

A pesar de lo que usualmente se suele considerar de que esta causal es moderna, en realidad, en la historia occidental, la mujer (usualmente parte débil) ha tenido la posibilidad de plantear estos mecanismos de defensa de su integridad física y psicológica, e inclusive es factible observar, en la historia, la exigencia de una reparación económica por la violencia cometida en su contra. (BERMUDEZ TAPIA, Derecho Procesal de Familia, 2012)

En tal sentido, podemos observar por ejemplo los siguientes registros:

➤ Papiro Oxy L 3581

Donde se registra el pedido de divorcio planteado por una mujer que fuese víctima de violencia familiar.

➤ Papiro Oxy VI 903

Donde se registra histórico jurídico vinculante para determinar el inicio de la regulación del divorcio por causal de violencia, se remonta al año 421, cuando Constancio y Honorio establecen que el divorcio es posible solo en caso de amagna crimina o graves causa.

➤ En el contexto contemporáneo, la violencia física es factible de desarrollarse y acreditarse en un proceso judicial, sin embargo, la violencia psicológica representa un conjunto de situaciones de difícil acreditación, evaluación y seguimiento judicial principalmente por el desconocimiento de las propias partes de ser víctimas o estar inmersas en un proceso de violencia familiar.

En estas situaciones, inclusive la identificación de la parte débil resulta ser compleja, porque los parámetros de incidencia violenta son difíciles de determinar y no excluyen la relación directa proporcional con la violencia física. (BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012)

En la actualidad, la consideración de la parte débil debe alejarse de todo parámetro inmediato de evaluación y apreciación, porque en realidad, las situaciones bien pueden representar un contexto diferente a medida que se investigan los hechos que provocan el conflicto familiar.

La liberación sexual, los parámetros morales flexibilizados y la materialización de los intereses personales egoístas tanto en el varón como en la mujer inciden en estos factores y provocan finalmente la manifestación de situaciones de violencia tanto física como psicológica.

La sutileza de los actos de provocación y manipulación psicológica, en el contexto judicial, son inclusive inadvertidos principalmente porque existe un machismo imperante que condiciona la valoración de que la mujer es un elemento débil.

Estudios de psicología sexual en la actualidad, determinan que, en las relaciones matrimoniales, las mujeres inciden, con mayor nivel, en las decisiones finales de la pareja, producto de sus condicionamientos sobre el cónyuge, quien no asume que su voluntad está condicionada involuntariamente.

Estos estudios psicosexuales parten por analizar la conducta de las “chicas malas” (GREER, 2000), quienes , en realidad , representan los mismos elementos que el tradicional varón al momento del ejercicio de la violencia familiar , y por ello , no podemos asignar una categorización sobre la base del género , sino que estas conductas parten por el incremento de los niveles de egoísmo y autonomía de los propios individuos en las relaciones matrimoniales , y por ende , deviene en el futuro en una separación y divorcio.

El incremento de la igualdad de los géneros produce, de la misma manera, el aumento de las patologías, perversiones e inmoralidades al interior de la relación matrimonial, y esto no implica que algún género sea identificado como negativo, sino que se debe entender en su real dimensión, por cuanto, estas conductas están estrechamente vinculadas al desarrollo sociocultural y moral de la comunidad a la cual están inmersos estos individuos.

C) ATENTADOS CONTRA LA VIDA

Identificado como el intento de homicidio perpetrado por un cónyuge contra el otro.

Debido a la complejidad de las relaciones familiares, en las cuales los niveles de violencia se elevan, es factible observar, en esta causal, situaciones que bien pueden merecer una nueva perspectiva respecto de su evaluación. (BERMUDEZ TAPIA, Derecho Procesal de Familia, 2012)

➤ **Respecto de la sentencia firme**

En la práctica, no se exige que los niveles de responsabilidad se limiten a la autoría, pudiendo ampliarse a situaciones de complicidad, encubrimiento o inclusive la tentativa, porque tales situaciones involucran la intención dolosa de acabar con la vida del cónyuge.

Producto de los niveles de egoísmo y avaricia al interior de las relaciones familiares, en algunos casos, es factible (a nuestro parecer) incluir o comprender situaciones en las cuales la naturaleza pena de los hechos involucra una intención de atentar contra la integridad física del cónyuge.

Estas situaciones se pueden extender, por tanto, a casos en los cuales uno de los cónyuges planifica o ejecuta actos como:

- Secuestros
- Asaltos con arma de fuego , con consecuencias fatales
- Actos de sicariato , incluyéndose la tentativa

➤ **Si la sentencia no confirma la responsabilidad penal del cónyuge acusado.**

Por la misma naturaleza de los hechos , en eventualidad que no hallan elementos probatorios que determinen la responsabilidad objetiva del cónyuge y por el contrario , existan los antecedentes o condiciones donde se aprecien un conjunto elevado de supuestos en los que la conducta del cónyuge acusado es opuesta a los deberes de colaboración , auxilio y socorro , el juez de familia deberá apreciar y ponderar sobre el objetivo de la defensa de la familia como lo determina la Constitución y legislación nacional , a la par de actuar en defensa de la integridad física y moral de la parte débil.

Resultaría incompatible la defensa de la familia en el supuesto que exista la sospecha de que uno de los cónyuges ejecuto actos que atentaron contra la vida de su pareja.

➤ **El atentado contra los descendientes o ascendientes del cónyuge**

Este acápite es importante tenerlo presente en casos de regulación limitativa de derechos del presunto autor respecto de los vínculos legales con la progenie, porque no se puede admitir que el autor de un delito, como el descrito, tenga derechos irrestrictos de visitas o tenencia, a sabiendas de su condición peligrosa, en particular, sobre individuos a los cuales debía proteger.

Para el ámbito local, las cifras son espeluznantes, principalmente, cuando observamos que los delitos cometidos por los padres hacia sus hijos (filicidio) constituyen un elemento estadístico importante, como lo puede acreditar el observatorio de Criminalidad del Ministerio Público:

- 78 homicidios registrados en el ámbito familiar durante el 2011, de los cuales 39 fueron provocados por padres y madres. (Comercio)

Estas circunstancias, en conjunto, nos permiten sustentar que resultaría irresponsable no admitir a trámite un divorcio por estas circunstancias, principalmente, porque los elementos materiales que fundamentaron el matrimonio se han diluido por los hechos denunciados.

D) INJURIA GRAVE

En términos similares al punto anterior, es necesario atender algunas características particulares para la configuración de esta causal, principalmente por que las condiciones materiales que determinan una injuria grave, se deben adecuar a las circunstancias en las cuales las parejas ejecutan sus actividades en el ámbito contemporáneo. (BERMUDEZ TAPIA, Divorcio y Separación de Cuerpos, 2009)

En tal sentido, algunos elementos a tenerse en cuenta, son:

➤ La cohabitación al momento de la injuria grave

Si la pareja está separada, no existe una ofensa que imposibilite la vida en común.

➤ Debe tratarse de un acto intencional y directo

Para lo cual, se debe tener en cuenta las condiciones del sujeto que ejecuta la injuria grave (edad, sexo, grado de educación).

Finalmente, la injuria como acto evaluado debe ser específico, tanto objetiva (exteriorización de la ofensa) como subjetivamente (intención).

E) ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR POR MAS DE DOS AÑOS

(BERMUDEZ TAPIA, Divorcio y Separación de Cuerpos, 2009) A pesar de la sencillez del parámetro legal, es necesario que se acrediten dos circunstancias complementarias:

- Que exista el abandono moral y material sin razón objetiva que excuse el comportamiento del que ejecuta el abandono.
- Que, quien ejecuta el abandono, tenga la intención de poner fin a la comunidad matrimonial.
- Que se registre el abandono, para efectos probatorios y para la posibilidad de interponer las acciones de defensa de derechos posteriores, principalmente cuando se trata de alimentos.

F) CONDUCTA DESHONROSA

(BERMUDEZ TAPIA, Divorcio y Separación de Cuerpos, 2009) La doctrina los califica como los actos realizados por un miembro de la relación matrimonial (matrimonio o convivencia) que son vergonzosos para el otro, como por ejemplo: Los escándalos públicos, ebriedad y alcoholismo, actos delincuenciales, o los actos de conducta infiel en la que no fuera posible acreditar el adulterio.

Las características de esta causal son:

- Conducta que vulnere la dignidad de la relación familiar o matrimonial
- Conducta que vulnere la dignidad del cónyuge

Ejecución de una o varias acciones (según sea el caso), que sean calificables (objetiva y subjetivamente) como conductas escandalosas, indecentes, inmorales porque puedan provocar un atentado contra el orden público, la moral, y las buenas costumbres.

G) EL USO DE DROGAS

Regulación legal supeditada a la concepción de ley histórica, por cuanto su vinculación es más moral que jurídica, dado que el alcoholismo y/o la drogadicción son patologías que pueden ser llevadas en forma colectiva por la relación familiar o esta puede asumir una posición evasiva a dichas conductas, admitiéndolas. (BERMUDEZ TAPIA, Derecho Procesal de Familia, 2012)

Sin embargo, la ley hace mención y debe entenderse así, en los casos en que la conducta provoca un deterioro en los derechos de los demás miembros de la familia.

En este sentido, el uso de drogas debe entenderse y limitarse a aquellas acciones que trasciendan un estado patológico y que, en esencia, termina perjudicando al resto de la familia, debido a las consecuencias negativas que produce.

En otros términos, otras patologías como el generado por el ludópata o el workaholic pueden provocar mayores daños que el que produce el consumidor de drogas.

H) LA ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISION SEXUAL

Supeditado a la evaluación de la adquisición de dicha enfermedad, bastando con una correcta interpretación de los alcances de la ley N°26626, Ley Contra el SIDA

I) HOMOSEXUALIDAD

Regulación igualmente supeditada a la concepción de ley histórica, que en realidad es discriminatoria si se la interpreta sobre la base de los tres primeros artículos de la Constitución y se adecua a la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional que reconoce que los derechos vinculados a la personalidad, género e identidad no pueden ser prejuzgados y calificados negativamente.

Eventualmente, esta regulación debe modificarse y considerarse en otro nivel reglamentario del artículo 333°, porque su permanencia es cuestionable en términos constitucionales. (BERMUDEZ TAPIA M., DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012)

J) IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMUN

Descripción normativa ambigua de difícil adecuación, interpretación y tratamiento judicial en los casos de conflicto familiar judicializado

K) SEPARACION DE HECHO

Supeditada a la acreditación temporal del hecho y su relación con la condición de edad de los demás miembros de la familia, para su admisibilidad y tratamiento judicial.

L) LAS POSICIONES DE LAS PARTES EN CONFLICTOS

(BERMUDEZ TAPIA, Derecho Procesal de Familia, 2012) En los conflictos familiares judicializados, el comportamiento de los litigantes es identificado primordialmente por la manifestación de determinadas acciones y condiciones en el desarrollo del proceso, motivadas por razones subjetivas u objetivas las cuales, no son fáciles de comprender tanto para las partes como para terceros ajenos al conflicto.

Esta situación parte por comprender que las partes no necesariamente litigan por sus derechos e intereses, en forma complementaria, surge un ánimo perverso contra la ex pareja, a la cual tratan de perjudicar o limitar sus derechos.

Y ambas situaciones, objetivas y subjetivas, se complementan en el ámbito procesal, y por ello, el juez no necesariamente puede determinar un nivel objetivo de desarrollo de todo el proceso; para aminorar el impacto negativo del conflicto.

2.4.2. Violencia familiar

2.4.2.1. Definición

La violencia es un concepto de múltiples dimensiones y connotaciones. De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española violencia es “la aplicación de medios fuera de lo natural a cosas o personas para vencer su resistencia”.

Con esta conceptualización se ha definido a la violencia como “el uso de una fuerza abierta u oculta, con el fin de obtener de un individuo o de un grupo lo que no quieren consentir libremente.

(CORSI, 1994) “la violencia implica una búsqueda de eliminar los obstáculos que se oponen al propio ejercicio de poder, mediante el control de la relación obtenido a través del uso de la fuerza. Para que la conducta violenta sea posible tiene que darse una condición: la existencia de un cierto desequilibrio de poder, que puede estar definido culturalmente o por el contexto u obtenido mediante maniobras interpersonales de control de la relación”

La violencia intrafamiliar de acuerdo con (ASHLEY, 1986) es toda acción u omisión protagonizada por los miembros que conforman el grupo familiar (por afinidad, sangre o afiliación) y que transforma en maltratantes las relaciones entre ellos causando daño físico, emocional, sexual, económico o social a uno o varios de ellos .

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993) define la violencia contra la mujer como: "Todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada."

Abarca, sin carácter limitativo, "la violencia física, sexual y psicológica en la familia incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer,

la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación; la violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, el tráfico de mujeres y la prostitución forzada; y la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, donde quiera que ocurra."

La Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Belem do Para. (1995), afirma que: "La violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades" y define que:

(AMES, 1986) "Debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". "Debe entenderse que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual o psicológica:

Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.

Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra".

Según (CLEMEN, 2000) sostiene que: "la violencia ha sido definida nominalmente como "un acto llevado a cabo con la intención de, o percibido como teniendo la intención de, dañar físicamente a otra persona". Por su parte violencia conyugal es aquella que se establece en la relación íntima y estable entre un hombre y una mujer, estén o no legalmente casados, pudiéndose manifestar de manera física, psicológica y/o sexual a través de un variado tipo de manifestaciones con distinto grado de frecuencia y severidad.

La Organización Mundial de la Salud define la violencia como: "El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones". (SALUD, 2002)

La definición comprende tanto la violencia interpersonal como el comportamiento suicida y los conflictos armados. Cubre también una amplia gama de actos que van más allá del acto físico para incluir las amenazas e intimidaciones. Además de la muerte y las lesiones, la definición abarca también las numerosísimas consecuencias del comportamiento violento, a menudo menos notorio, como los daños psíquicos, privaciones y deficiencias del desarrollo que comprometan el bienestar de los individuos, las familias y las comunidades.

La violencia doméstica o familiar constituye un fenómeno de la vida social presente contemporáneamente en todas las sociedades a escala mundial.

Se entiende como un fenómeno altamente común en las sociedades actuales, la violencia familiar viene a ser sin duda causada por un sinnúmero de elementos que contribuyen a su desarrollo. Al mismo tiempo, las consecuencias o secuelas de este dramático fenómeno pueden ser de distinto alcance

y perjudicar a numerosas personas y normalmente, suele ser ejercida por el padre u hombre de la familia contra el resto de los miembros.

Otro frecuente generador común de este tipo de violencia son ambos padres para con sus hijos. En algunas ocasiones también pueden darse casos de violencia dentro de una familia a través de parientes secundarios (tales como abuelos, tíos, primos). Raramente los casos de violencia familiar suceden desde los hijos a los padres ya que la misma siempre supone un ejercicio de cierto poder y de los roles de jerarquía que pueden existir entre los diferentes miembros de un grupo familiar.

2.4.2.2. Causas de la violencia familiar

Según (HERRERA, 2000) existen 4 tipos de causas: Físio-biológicas, psicológicas, psicosociales y las socioculturales.

A) Físio-biológicas:

Se encuentra el hambre y el sexo, el hambre pasa de ser un simple reflejo a convertirse en un fenómeno social y su satisfacción es uno de los problemas mas aquejantes del país, en las familias de estrato 1,2 y 3 el hambre se ha vuelto otro miembro más de estas, es así que la mujer al ver la incapacidad del hombre por alimentar a la familia comienza a hacer reclamos constantes, esto comienza a dañar la armonía de la familia desencadenando esto en peleas verbales y maltratos físicos entre los padres y de los padres hacia sus hijos, esto puede llevar a la fragmentación de la familia llevando a la prostitución, alcoholismo y drogadicción.

El otro factor biológico es el sexo, aquí la violencia en el hogar puede ser desencadenada por la negación por parte de la mujer a tener relaciones sexuales con su marido, el sexo puede ser utilizado como una forma para lograr ciertos fines o como una forma de venganza de la mujer por alguna conducta ofensiva del hombre, la restricción sexual por parte de la mujer hacia el hombre puede generar que este trate de someterla a la fuerza o que el hombre suspenda sus deberes como padre.

B) Psicológicas:

Dentro de estas se encuentran los celos, este es un comportamiento posesivo que manifiesta un ser humano por el otro, los celos pueden ser del hombre hacia la mujer y viceversa, o de los padres hacia los hijos, lo más común es que los celos sean manifestados por el hombre como consecuencia del machismo que presenta la sociedad, el hombre impone su autoridad coartando algunos derechos y libertades de la mujer rompiendo esto la igualdad familiar.

Otro factor que se encuentra dentro de estas causas es la drogadicción, esta consume se presentan una serie de transformaciones en la personalidad y de comportamiento violentos, estos van a afectar directamente a su pareja y a sus hijos, el conflicto también puede ser generado cuando uno de los hijos cae en las drogas, y el padre por lo común responsabiliza a la madre por el comportamiento de su hijo; son muy pocos los casos en que la madre es la alcohólica, esto se presenta más en las madres cabeza de familia.

Por ultimo se encuentra la inmadurez psicológica o emocional la cual se evidencia cuando las personas contraen matrimonio a muy corta edad, evitando que la persona se desarrolle física y psicológicamente, generando así una baja capacidad de auto control, un bajo nivel de tolerancia y la evasión de las responsabilidades las cuales son desencadenantes de los conflictos de la familia.

C) Causas Psicosociales:

Dentro de estas se encuentra la deficiencia de comunicación interpersonal y la falta de tolerancia en la familia, el primero de ellos plantea como, dentro de las familias no se presentan buenos canales de comunicación entre los padres, y de estos a los hijos lo cual genera que no se tengan buenas estrategias de solución de problemas debido a que la comunicación se basa más en los canales emocional y conductual, y muy pocas veces emplean el canal cognitivo.

Otro factor que afecta es que en la mayoría de familias las personas no saben decir las cosas, no saben hacer peticiones, ni hacer solicitudes, por lo cual manejan un lenguaje agresivo y acusatorio esto da pie a que generen peleas y se pase de la violencia verbal a la violencia física. En cuanto a la falta de tolerancia las personas no entienden que cuando se convive con otra persona se debe comprender y tolerar su comportamiento en las diferentes circunstancias en que se encuentre ya sean conflictivas o no.

D) Causas a nivel Sociocultural:

Abarca en una primera instancia las diferencias sociales y culturales, sociales es cuando se unen dos personas de diferente clase social y por ejemplo cuando la mujer de la relación es de menor clase social esto puede generar conductas de sumisión y de baja autoestima y sufrir de un sistema patriarcal, y cuando el hombre pertenece a una clase más baja esto le genera sentimientos de inferioridad, estas dos condiciones no dejan que se desarrolle armónicamente el ambiente familiar. Por el lado de la cultura los problemas se presentan cuando no se aceptan las costumbres de la otra persona, la imposición de las costumbres es una clara forma de violencia. Otro fenómeno que se presenta en este tipo de causas es el autoritarismo genérico, esto es cuando alguno de los géneros impone su voluntad sobre el otro, donde se demuestra la desigualdad de géneros.

Generalmente se piensa que las causas de la violencia intrafamiliar radican en el alcoholismo, la drogadicción o en trastornos mentales del agresor. Pero la realidad es que el alcohol y la droga son desinhibidores (sustancias que suprimen el comportamiento social adecuado en el individuo, como el respeto a la ley, la moral), pero no son la propia causa de la violencia familiar.

La causa verdadera de la violencia intrafamiliar se encuentra influenciada por la construcción de género que se hace socialmente.

A muy temprana edad, se configura al hombre como privilegiado, como poderoso. A la mujer se le configura socialmente como delicada, débil, que necesita protección. Esta forma diferente de educar a los hijos e hijas, a la larga “moldea” la personalidad tanto el hombre como de la mujer, formando dos polos opuestos, diferentes, pero cuya diferencia se encuentra en una construcción social y no en aspectos biológicos o naturales. De ahí nace la falsa creencia de parte del hombre de su superioridad respecto de la mujer, y, de la obediencia de ésta hacia él. Al no existir esa obediencia, entonces se desencadena la violencia

E) Las causas de la violencia basada en el género:

Ésta se origina en las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres establecidas y aceptadas, las cuales responden a un orden socialmente construido que determina una jerarquía y poder distintos para ambos sexos. Este orden subordina a la mujer con respecto a los hombres, quienes a su vez ejercen poder sobre ellas de distintas maneras, utilizando la violencia como manifestación de ese poder. (GUERRERO, 2002)

Esta violencia no es sólo una manifestación de la desigualdad de género, sino que a menudo sirve como instrumento para hacer cumplir y perpetuar tal desigualdad en la práctica.

En el programa (ECHEVARRIA, 2006) “La conversa con Javier Echevarría” :Miriam Salazar presidenta de la Comisión Intersectorial del Sector Salud para la violencia contra la mujer, afirmó: “La violencia familiar comúnmente es ejercida por el varón, que tiene el poder económico, y la ignorancia de los derechos de la mujer” Mencionó, que la violencia con los hijos surge muchas veces cuando los padres quieren realizarse a través de sus hijos y los obligan a ser cosas que ellos no desean, y ante el rechazo surge la violencia física y psicológica.

A su turno, la psicóloga Janet Oliveros, afirmó que la violencia familiar puede generarse por factores económicos, conflictos de pareja y generacionales en relación a la crianza de los hijos. Asimismo señaló que es muy común que estos problemas sean patrones repetitivos, pues muchos adultos que vivieron problemas de violencia familiar de niños, lo repiten en sus hogares. La psicóloga aseguró que en la medida que la mujer, tenga individualidad económica y de decisión, logrará alcanzar su independencia.

Ante esta problemática, el Ministerio de Salud ha iniciado trabajos para promover una cultura de paz y buen trato y mejorar la salud mental de las personas, mediante la enseñanza de habilidades de comunicación y asertividad en escuelas de diversos sectores de la población. También, a nivel comunitario realizan programas de familias y viviendas saludables y capacitan a las mujeres en temas labores para que generen sus propios recursos económicos, puntualizó Oliveros.

Otras de las causas que originan la violencia familiar son:

- Falta de conciencia en los habitantes de una sociedad: creen que esta es la mejor forma de realizar las cosas: huelgas, tiroteos, golpes, etc.
- Fuerte ignorancia que hay de no conocer mejor vía para resolver las cosas: no saben que la mejor forma de resolver un fenómeno social es conversando y analizando qué causa eso y luego tratar de solucionarlo.
- El no poder controlar los impulsos: muchas veces somos impulsivos, generando así violencia, no sabemos cómo resolver las cosas.
- La falta de comprensión existente entre las parejas, la incompatibilidad de caracteres: la violencia intrafamiliar es la causa mayor que existe de violencia, un niño que se críe dentro de un ambiente conflictivo y poco armonioso ha de ser, seguro, una persona problemática y con pocos principios personales.
- Falta de comprensión hacia los niños: saber que los niños son criaturas que no saben lo que hacen, son inocentes. Muchas madres maltratan a sus hijos, y generan así violencia. La violencia se origina en la falta de consideración hacia la sociedad en que vivimos, si creamos mayor conciencia en nosotros mismos, si analizamos que la violencia no es la mejor forma de alcanzar las metas, de seguro nuestra sociedad crecerá y se desarrollaría.

2.4.2.3. Violencia física

El maltrato físico es el acto (acción u omisión) de agresión, que de forma directa o indirecta, causa una afectación material en el cuerpo, salud o actividad vital de la víctima. En este caso, el agresor tiene la intención de inferir un daño, pero también el agresor de la violencia familiar tiene un fin mediato, pues con su agresión lo que busca es someter o posicionarse como superior al agraviado.

Este tipo de maltrato implica "... un rango de agresiones muy amplio, que va desde un empujón, hasta lesiones graves con secuelas permanentes o la muerte misma". Así, pues, algunas de estas agresiones físicas consistentes en forcejeos, empujones, bofetadas, tracción de cabellos, intentos de estrangulación, torceduras de brazo, golpes de puño, puntapiés, golpes con objetos, quemaduras, agresión con armas de fuego o punzo- cortantes, hasta el homicidio. Las consecuencias de este tipo de maltrato van desde hematomas, laceraciones, equimosis, heridas, fracturas, luxaciones, quemaduras, lesiones en órganos internos, hemorragias, abortos, hasta traumatismos craneoencefálicos y la muerte. (IHM)

El daño físico es el resultado material y corporal que presenta la víctima de maltrato, pudiendo ser de diferentes magnitudes. Su precisión es realizada a través del reconocimiento médico. Para efectos legales de considerar la acción como delito o falta se ha establecido que las lesiones que requieran más de 10 días de asistencia médica o descanso físico son calificadas como acciones delictivas. Las lesiones que solo alcancen asistencia o descanso de 10 días se consideran faltas contra la persona (artículo 441° del Código Penal peruano). El maltrato de obra a otro sin causarle lesión física se considera falta y no delito (artículo 442 del mismo cuerpo legal). (CORANTE MORALES & GARMA, 2004)

La lesión es el daño material causado en el cuerpo o en la salud, pudiendo ser grave o leve. Es contemplada como acción delictiva en los artículos 121, 121- A, 121-B, 122, 122-A, 122- B, 123 y 124 del Código penal. Debiéndose entender que el daño a la salud se incluye daños en la salud mental de la víctima y todo tipo de trastornos funcionales muchas veces no visibles por no presentar heridas o hematomas, pero si diagnosticados por la ciencia.

2.4.2.4. Violencia psicológica

La violencia psicológica incluye maltrato verbal en forma repetida, acoso, reclusión y/o reducción y control por parte del agresor de los recursos físicos, financieros y personales de la víctima. Para algunas mujeres, los insultos incesantes y la tiranía que constituyen el maltrato emocional quizá sean más dolorosos que los ataques físicos, porque socavan eficazmente la seguridad y la confianza de la mujer en si misma. Un solo episodio de violencia física puede intensificar enormemente el significado y el impacto del maltrato emocional. Se ha informado que las mujeres opinan que el peor aspecto de los malos tratos no es la violencia misma sino la tortura mental y vivir con miedo y aterrorizada. (MAZETTI SOLER).

El maltrato psicológico o violencia psicológica que sufre una persona en su psique y más aún en el ejercicio de su libertad; alterando su equilibrio psicológico, su sensación de bienestar. Es definida por la Organización Radda Barner, organización no gubernamental creada en Estocolmo-Suecia, su función principal es salvaguardar los derechos del niño, como "toda acción u omisión cuyo propósito sea degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de la persona, por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento, encierro o cualquier otra conducta omisión que implique un perjuicio de la salud psicológica, el desarrollo integral o la autodeterminación del ser humano" (AYVAR ROLDAN)

Quizás, el daño psicológico sea el único que se presente en toda forma de expresión de la violencia familiar. El maltrato psicológico implica la afectación emocional que sufre la víctima ante la

conducta violenta del agresor. Sea la forma en que se manifieste dicha conducta agresiva: física, verbal, sexual, económica, etc., la víctima siempre padecerá del temor, ansiedad, depresión, desesperación, inseguridad, desvalorización y demás afectaciones emocionales propias del maltrato psicológico. Entonces, pues, este tipo de maltrato consiste en la acción u omisión que provoca, en quien lo recibe, alteraciones psicológicas o trastornos psiquiátricos. El maltrato psicológico también incluye episodios de intimidación, comentarios despectivos y humillaciones. En esta segunda fase de "crisis", el agresor descarga su tensión con acciones violentas físicas, psicológicas o sexuales; perdiendo toda forma de comunicación y entendimiento.

Dentro de las manifestaciones del maltrato psicológico tenemos (BELEN JIMENEZ, 2005):

A) La amenaza y la Intimidación.-

La amenaza es el anuncio de la realización de un mal futuro debido a determinada condición. Así, tenemos las amenazas de daño físico o de muerte, de maltratar o de llevarse a los hijos, de suicidio, de abandono, de retirar el sustento económico, de destruir las pertenencias de la víctima, de maltratar a los animales domésticos. La intimidación consiste en la generación de temor a una persona con el fin de someter o controlar su voluntad. Se puede lograr intimidar a una persona a través de miradas, gestos o acciones, como por ejemplo, destrozar objetos personales, tocar violentamente o tirar la puerta, ostentar armas, etc.

La ley peruana de violencia familiar nos habla acerca de la amenaza, que se da cuando una persona manifiesta quererle hacer un mal a otro, y de la coacción grave y/o reiterada que se produce cuando el victimario obliga o impide a la víctima hacer o dejar de hacer lo que la ley no manda o lo que no prohíbe, utilizando diversos medios. Cabe precisar que se considera "grave" cuando se vulneran derechos o bienes jurídicos protegidos por la ley y que son considerados de gran importancia tales como la libertad, la dignidad personal, el honor o buena reputación, etc. Y es reiterada cuando esta coacción se produce de manera repetitiva.

B) Las Humillaciones.-

Esto es, hacer sentir inferior a la persona, culpabilizarla, humillarla, insultarla con apodosos ofensivos o denigrantes, generarle confusión, desacreditarla, etc. Las ofensivas y los términos humillantes devienen en la desvalorización de la víctima, esto es, la pérdida de la autoestima, cariño y consideración por sí misma. La desvalorización comprende una serie de comportamientos que llevan al menoscabo del concepto que cada quien tiene de sí mismo (autoestima), lo cual genera sentimientos de ira, humillación, miedo, tristeza y desesperación".

C) El trato inadecuado a la edad.-

Aquí tenemos casos como la prohibición de trabajar, excluir a la persona de decisiones importantes, mostrar indiferencia frente a las necesidades de la víctima, imponerse sobre sus gustos y formas de actuar. Dentro de esta manifestación del maltrato psicológico podemos colocar como ejemplo al nieto que coloca la radio a máximo volumen teniendo a su abuela enferma que requiere de descanso, sabiendo que ésta se encuentra imposibilitada de apagar la radio.

D) El control de la vida de la otra persona.-

El agresor busca controlar la voluntad y el comportamiento de la víctima, celándola constantemente, ejerciendo un posesivo control de su vida, vigilando sus actos, sus relaciones (por ejemplo, a quién puede ver, con quién puede hablar, qué puede leer, a dónde va). Aquí tenemos el caso del marido, que por celos obsesivos, no le permite a su cónyuge que desempeñe estudios superiores o que trabaje por su cuenta, o le prohíbe que hable con el casero del mercado o con las vecinas.

E) El Aislamiento.-

El agresor busca aislar a la víctima del entorno social, a efectos de hacerla sentir indefensa, mantener su control sobre ella y, al mismo tiempo, evitar que ésta pueda dar a conocer la opresión bajo la cual se encuentra. El aislamiento se logra limitando las salidas y movimientos de la víctima, prohibiéndole ver amigos o familiares, sometiéndola a silencios prolongados.

F) El Abuso Verbal.-

Expresado por medio de gritos, insultos, insistencia en los defectos de la víctima, burlas, críticas a lo que hace o dice, ironías, ridiculizaciones, sobrenombres ofensivos, utilización de juegos mentales para confundir, acusaciones sin fundamento, entre otros. Como se indica, en realidad, tenemos que la violencia psicológica o emocional puede darse antes, después o durante el abuso físico. Sin embargo, no siempre que hay violencia psicológica ocurre una agresión física y por lo mismo, no siempre se reconoce su presencia.

G) EL maltrato sin lesión:

La Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, considera como forma de violencia familiar, al maltrato sin lesión; aunque su reglamento no ha especificado sus alcances. La clásica figura del maltrato sin lesión es el abandono que consiste en el "acto de desamparo injustificado, hacia uno o varios miembros de la familia con los que se tienen obligaciones que derivan de las disposiciones legales y que ponen en peligro la salud". Este abuso se manifiesta en situaciones diversas y está referido al incumplimiento de obligaciones hacia uno o varios miembros de la familia, por parte de quien está obligado a proveer cuidados y protección. Puede relacionarse con la higiene, la nutrición, cuidados rutinarios, atención emocional, necesidades médicas no resueltas o atendidas tardíamente o exposición a peligro. Pero también hablamos de maltrato sin lesión, cuando un golpe no deja huellas de lesiones traumáticas, como por ejemplo, las agresiones con una toalla mojada, que causan un dolor considerable, pero que no dejan marcas en el cuerpo de la víctima. Así pues, el maltrato sin lesión es una situación en que sin presentarse un daño físico (tal como una lesión, obligado por la ley a responsabilizarse de ciertas obligaciones, se desentienden de ellas, por ejemplo: el abandono del padre de familia frente a la alimentación, vestido, higiene, protección y vigilancia en situaciones riesgosas y/o cuidados médicos de sus hijos o cónyuge. Esta negligencia trae como consecuencia retrasos importantes en el desarrollo intelectual, físico y social del niño y adolescente, que requieren atención especializada.

H) El Maltrato Sexual o Violencia Sexual:

Conceptualizada como "cualquier actividad sexual no consentida". El maltrato sexual es la acción u omisión mediante la cual se induce o se impone la realización de prácticas sexuales no deseadas o respecto de las cuales se tiene incapacidad para consentir.

Este concepto (violencia sexual) inmerso en la violencia familiar, es una situación mantenida por mucho tiempo bajo el manto del silencio por evitar el "escándalo social". Esta violencia sexual producida en el hogar puede referirse a hechos que van desde actos contra el pudor hasta la violación sexual.

Las relaciones sexuales forzadas en la pareja, también son consideradas violaciones y las víctimas deben recibir la atención adecuada. El maltrato sexual también comprende la prohibición del libre acceso y uso a métodos anticonceptivos y para la prevención de ITS (Infecciones de Transmisión Sexual). (AYVAR ROLDAN)

2.4.2.5. Situación del menor

El contexto en el cual se desarrolla la vida del menor en una situación de Conflicto entre sus progenitores, permite observar las siguientes características y situaciones:

➤ El hijo por naturaleza percibe un nivel de afecto de parte de sus progenitores y suele asumir una conducta pasiva cuando existen situaciones que pudieran afectar su sentimiento de afecto hacia algún progenitor, principalmente debido a la consideración de que existe algún sentimiento de culpa. Por tanto, ante la violencia manifestada en su contra, el hijo asume generalmente una posición de inseguridad.

➤ En los casos en los que un progenitor no tenga un nivel de relación frecuente o permanente, se le pueden imponer niveles de conducta o patrones conductuales negativos, los cuales son interiorizados por el hijo como acciones en su contra.

Estas acciones son identificadas como conductas de abandono, de que no se le quiere o se es diferente, los cuales son rechazados y cuestionados

➤ A diferencia del punto anterior, el progenitor con la tenencia del menor, asume una condición y posición “protectora”, lo cual facilita la interiorización de una sobrevaloración, principalmente en el ámbito afectivo.

➤ La variación de las condiciones de los progenitores respecto del trato y cuidado del hijo a razón de su frecuencia, generan una sensación de inseguridad en el menor, lo cual condiciona una reacción de búsqueda de protección hacia uno de los progenitores, generalmente quien ejerce la tenencia.

➤ Finalmente, como característica general, los hijos que sufren estas situaciones y se encuentran envueltos en el conflicto de los progenitores, desarrollan una disminución de sus estados emocionales y pueden ser propensos a sufrir determinadas patologías psicológicas.

2.4.2.6. Síndromes, patologías y problemas psicológicos actuados en los procesos de familia

Producto de la crisis familiar los hijos asumen patrones conductuales que son “normales” o pueden generar una aversión a dichas situaciones, las cuales se manifiestan en edad adulta.

Estas situaciones de dichas conductas son asimiladas por los hijos, y actúan de forma similar a la de los progenitores.

Se presentan una serie de síndromes, patologías y problemas psicológicos que se pueden encontrar en un proceso tutelar familiar. Sus estudio, análisis y tratamiento resultan complejos y presentan solo un aspecto del ámbito de desarrollo de las pericias psicológicas y psiquiátricas para el desarrollo de un proceso judicial. (BERMUDEZ TAPIA, Derecho Procesal de Familia, 2012)

En la práctica si el magistrado toma en cuenta estos elementos, el beneficio no necesariamente se limitará al proceso mismo, sino que también alcanzara a las partes que componen el proceso, lo cual permitirá asumir de mejor manera sus competencias como profesional ante el desamparo de la ley y la doctrina en casos complicados de resolver.

A) Síndrome de Estocolmo

Esta patología tiene un origen vinculado a la ejecución de un crimen en 1973, en Estocolmo se produjo un secuestro en una agencia bancaria por dos asaltantes.

Producto del desarrollo del asalto y posterior secuestro, los actores tuvieron un nivel de acercamiento que les facilitó una interrelación, al nivel emocional.

Este nivel de acercamiento personal entre captores y criminales se extendió al nivel de que las víctimas desarrollaron una actitud favorable a sus captores e intercedieron por ellos ante las autoridades locales, a efectos de aminorar la condena penal.

Dicha conducta fue producto de la situación de vulnerabilidad que manifestaron los secuestrados a favor de los asaltantes de banco, al nivel de que dicha situación de inestabilidad emocional se convierte en un estadio emocional.

La característica básica de esta patología es la falta de conciencia de la víctima respecto de la situación en la cual se encuentra respecto de un agente agresor.

Esta situación es descrita en el ámbito de la psicología como una confusión emocional y puede ser temporal como también de naturaleza permanente (PEREIRA, 2005)

En el contexto familiar, una de las situaciones frecuentemente relacionadas con esta patología es la que manifiestan las parejas que sufren violencia familiar. Las personas que sufren de esta patología no pueden asumir una posición de defensa de sus propios derechos al verse limitadas frente a las condiciones o capacidades que manifiesta “el captor”, usualmente su pareja.

B) Síndrome de padre ausente

La novedad que presenta esta patología esta asociada a los estudios de “contra” genero, los cuales enfatizan los derechos de los progenitores varones, usualmente frente a situaciones de divorcio o separación, lo cual provoca situaciones de síndromes de alienación parental, padrectomia u obstrucción de vínculo.

Dichos estudios enfatizaron los problemas que asume el varón ante situaciones de crisis familiar que se degeneran en una separación respecto de sus hijos. Finalmente, dichos estudios enfatizan en el factor de que los hijos terminan asumiendo una situación de inestabilidad en su desarrollo emocional. (POLAINO & OTROS, 2003)

(POLAINO & OTROS, 2003) Define al síndrome del padre ausente como el conjunto de privaciones afectivas, cognitivas, físicas y espirituales que sobrevienen al hijo como consecuencia del vacío que se opera en las relaciones paterno-filiales.

Las características de este síndrome se manifiestan en:

- La desintegración familiar
- La actividad laboral desequilibrada por parte de uno de los progenitores
- La ausencia de la figura paterna del domicilio familiar(sin importar las causas)

Figura N° 01: Evolución psicopática del Síndrome del Padre Ausente en el ámbito Jurídico

| Nivel apátrida | Teenage Syndrome | Puer Aeternus |
|---|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> - Delincuencia juvenil - Violencia Familiar psicológica y física | <ul style="list-style-type: none"> - Delincuencia juvenil - Alcoholismo, drogadicción - Violencia sexual - Maternidad/paternidad a temprana edad - Violencia familiar | <ul style="list-style-type: none"> - Delincuencia juvenil - Alcoholismo, Drogadicción - Abandono Familiar - Violencia Familiar |

C) Síndrome de dispersión en niños

Este es un problema a nivel de desarrollo de habilidades que repercute en el ámbito académico escolar o universitario y se desarrolla producto de las condiciones en las cuales se desenvuelve un menor de edad (RUZA TARRIO, 2003)

Adicional a la disfuncionabilidad académica, el menor se siente afectado en cuanto a sus niveles de comunicación y relaciones con los demás miembros de su familia.

Al ser una situación emocional determinada por una causa, a la cesión de estas condiciones, las habilidades académicas son reasumidas, dado que no hubo discapacidad intelectual en ningún momento.

Producto del incremento de situaciones de crisis y división familiar, los hijos en etapa escolar o universitaria suelen padecer este síndrome, manifestándose en la falta de atención en las actividades académicas, lo cual provoca una baja en las calificaciones, las mismas que no son atendidas por los niños o adolescentes, al priorizar los problemas que observan en sus hogares

D) Síndromes del “niño pinocho”

Los niños que más entran en este tipo de problema por lo regular vienen de familias disfuncionales, donde hay alcoholismo, drogadicción o problemas de Violencia Familiar entre progenitores.

Los niños tratan de fingir una situación como la que les gustaría vivir.

Incluso, cuando son víctimas de la soledad pueden inventar la existencia de una mascota o un amigo, con el cual conversan y comparten su tristeza.

A los niños pequeños les gusta inventar historias, personajes, hacer cuentos y es normal mientras solo sea una forma de diversión y de desarrollar su imagen, incluso es una etapa en la que aun se confunde lo real con lo utópico.

La mentira se convierte en algo negativo cuando se aprende del mal hábito que tienen algunos adultos por transformar la realidad, como negarse a responder el teléfono y a pedir otro que lo haga, o esconderse para no recibir una visita.

Esto va creando en el subconsciente del menor una actitud de indiferencia ante la mentira y la creencia de que ocultar la verdad puede ser beneficioso. Los progenitores deben estar atentos al tipo de engaños que utilizan sus hijos e hijas, porque cuando son exagerados y frecuentes entonces puede tratarse de un trastorno emocional.

Si los progenitores utilizan una farsa para evitar que una eventual sanción por una acción, los niños culparán a sus hermanos por una travesura cometida por el mismo, sobre la base de la indefensión de estos. Los infantes mitómanos utilizan falacias para evitar algo que les cause dolor o evadir una situación que les provoque frustración.

Pero muchas veces la misma reacción severa del adulto ante un error que cometió el pequeño, se convierte en una amenaza para decir la verdad. Los progenitores cometen la equivocación de castigar mucho a sus hijos cuando estos dicen la verdad, y se olvidan que ellos aun son pequeños y algunas veces ni siquiera tienen la culpa de los accidentes. (ZEMAN, 2004)

E) Síndrome de “niño sacudido”

Si bien este caso no es una enfermedad ni una patología, es una situación de negligencia en el ámbito del cuidado de un infante, producto de una sacudida violenta.

Estas situaciones de negligencia se presentan cuando los progenitores no suelen asimilar los niveles de estrés en el cuidado de sus hijos recién nacidos y ante la situación de llanto del bebe, lo sacuden violentamente, provocando severas lesiones en el cerebro.

El problema descrito, suele suceder en progenitores primerizos y las consecuencias no suelen ser asimilados en forma inmediata, por cuanto el nivel de afectación es interno y se manifiesta en etapas posteriores a la infancia.

Las características que presenta este problema en realidad resultan imperceptibles a primera vista y las lesiones se pueden producir inclusive por sacudidas de pocos segundos realizadas con el objeto de causar una “alegría” al infante.

En realidad la principal manera de prevenir estas situaciones es teniendo una diligencia optima en la atención de los bebés, sobre todo cuando se tiene un cuadro de estrés. (POLAINO & OTROS, 2003)

2.4.3. Síndrome de alienación parental (SAP)

El síndrome de Alienación Parental (SAP) es una patología nueva en el ámbito judicial, que se analiza con el campo de las relaciones conflictivas entre familiares próximos, generalmente progenitores, provocando en un familiar dependiente generalmente el/los hijo (s) una alienación o conducta de rechazo sobre un progenitor en particular .

Por su novedad en el ámbito nacional existe muy poca referencia. Adicionalmente,, existe una mala sistematización de la información porque no la abordan jurídicamente, desvirtuando su real contenido de ser una manifestación de violencia psicológica al interior de las relaciones padre-hijo-madre-tercero(a).

2.4.3.1. Agente alienador, perturbador y progenitor

Es la persona que desarrolla una función o capacidad vinculada a su condición biológica o jurídica sobre un descendiente o dependiente familiar (sin importar su edad) En este sentido, los que pueden generar SAP pueden ser el padre, la madre, el padrastro, la madrastra o la nueva pareja de alguno de los progenitores. Estas personas son los agentes alienadores o perturbadores. (THOMAS, 2006)

Se desarrolla el concepto de progenitor, en realidad, para generar un desarrollo neutro de la condición del ascendiente que generalmente tiene el contacto con el alienado.

La patología igualmente puede ser extendida a las relaciones entre ascendiente y descendientes mayores de edad, principalmente cuando de por medio existe una condición que atenúa o limita las capacidades de ejercicio del dependiente familiar, quien generalmente es una persona de la

tercera edad, sobre la cual pesan condiciones específicas (generalmente económicas) que lo convierten en víctima de sus descendientes próximos (con los que convive) en contra de los demás con quienes no convive o tiene una relación fluida. (BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012)

2.4.3.2. Descendiente o dependiente alienado

Es el integrante de una familia en crisis, puede ser descendiente o ascendiente dependiente, se ubica de una segunda relación familiar o matrimonial de alguno de los progenitores (segundo o tercer anillo de relación familiar), que desarrolla una conducta negativa y excluyente frente a otro familiar, generalmente su propio progenitor.

La condición el alineado en tanto edad, genero, condición de educación, le resultan irrelevantes al agente alienador, perturbador o progenitor del cual depende (cuidados y manutención). (BOUCHE PERIS & otros., 2006)

2.4.3.3. Agente receptor de la alienación

Es el que rio tiene un contacto fluido, frecuente o periódico con el descendiente o dependiente alienado y que recepciona el comportamiento condicionado por el agente alienador durante el periodo en el cual no tiene contacto con el dependiente.

Este agente recepto puede (y generalmente lo hace) revertir su pésima situación frente a los dependientes y se convierte en un agente alienador frente a su dependiente, cuando dispone del espacio en el cual desarrolla su vínculo o relación familiar. (BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012)

2.4.3.4. Familia alienada

Son los demás miembros de la familia en crisis en proceso de separación o divorcio, o la que se encuentre en situación paralela a la nueva relación familiar o matrimonial de alguno de los progenitores.

La familia que sufre de estos efectos y consecuencias es la familia amplia (abuelos, tíos, primos, sobrinos) en mayor medida frente a las otras clases de familia la cual es considerada como familia invisible.

El proceso de alienación y perturbación Es el proceso, continuo o discontinuo, violento o superficial que involucra una acción predeterminada en contra de un familiar de un dependiente a efectos de relativizar negativamente sus condiciones y resaltar positivamente las aptitudes del agente alienador, para conseguir una mejor relación efectiva de alienado.

Este comportamiento del agente alienador implica cuatro niveles, que evolucionan de menor a mayor intensidad, dependiendo del nivel de dialogo entre los progenitores en conflicto. (BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012)

i) Exteriorización del SAP

La conducta alienante es realizada por el agente alienador, el cual puede ser uno de los progenitores de una familia en crisis, y se manifiesta, en primer orden, cuando el progenitor con el derecho a la tenencia del hijo, ejecuta acciones en contra de aquel sin tenencia.

En forma de reacción, este progenitor “reacciona” ante tal conducta, y cuando tiene acceso al hijo (a través de su derecho a la visita), suele realizar la misma conducta criticable y comienza a generar en el hijo una situación de inestabilidad emocional con respecto al dependiente, a quien se le exige una conducta de fidelidad / rechazo que le es imposible de cumplir (conflicto lealtades). (CASTELLÓ BLASCO, 2007)

En la mayoría de casos, la conducta de los agentes alienantes provoca una reacción de temor en el otro, el cual consideramos “progenitor débil”, por cuanto es víctima de violencia familiar

Las características frecuentes de este progenitor “débil”, son:

- a) Dependencia económica frente al otro progenitor.
- b) Inseguridad personal para la ejecución de actividades sociales, profesionales o personales (incluyendo la toma de decisiones)
- c) Dependencia emocional o afectiva frente al dependiente; como mecanismos de refugio, el agente alienador suele “escondarse” en el ser protegido, buscando una vinculación afectiva y sentimental que enfrente el otro vínculo.

ii) El Inicio De La Crisis Familiar, La Separación y Conflicto entre Los Progenitores

Los factores que pueden provocar la crisis familiar y/o proceso de separación de los progenitores, los podemos separar en los siguientes niveles.

a) Factores condicionantes objetivos

Estos factores son aquellos que las leyes sobre violencia familiar detallan como causales para interponer una denuncia penal o un planteamiento de separación de cuerpos y posteriormente una solicitud de divorcio.

En el ámbito penal, la violencia puede ser tanto física como psicológica.

En el ámbito civil, un adulterio o una infidelidad, la injuria grave, la conducta deshonrosa u otras que detalla la ley constituyen elementos “objetivos” “justificativos para el comportamiento del agente alienante. (BERMUDEZ TAPIA M. , Derecho Procesal de Familia, 2012)

b) Autopercepción de víctima

La autopercepción de “víctima” es un elemento condicionante para que el agente “débil” no asimile su verdadero estado crítico y omita alternativas de protección tanto legal como personal, como por ejemplo, la continuidad o permanencia en el hogar con la ex pareja.

Si bien pueden existir elementos “objetivos” para la separación, el progenitor “débil” pondera, como elemento de evaluación superior, factores tan variados que, en otros contextos, no los consideraría.

Así por ejemplo para, para la “madre” un factor importante para continuar en el proceso victimante, es la poca o limitada disponibilidad de recursos económicos o factibilidad del ejercicio de

actividades laborales autónomas y para el caso de los “padres”, la disponibilidad del tiempo para la atención directa del hijo el prejuicio social de que “los varones no se encargan de los hijos” (machismo)

Las características principal de este actor, es el elemento subjetivo de la evaluación de factores que realiza el autocalificado débil. En forma paralela, construye conscientemente una realidad convincente y sustentable en argumentos que a medida que evoluciona el conflicto, se vuelve inconsciente. (BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012)

c) El contexto económico

Los “alimentos” y las condiciones económicas, procurados para la atención del dependiente o dependientes, suelen ser las causas principales para la generación de discordia y conflicto entre los progenitores o ascendientes a cargo del cuidado del dependiente. La objeción, cuestionamiento y quiebra en las prestaciones económicas, terminan por agravar la condición de la familia en crisis, la cual comienza por tomar las acciones legales, siendo todas las partes autocatalogadas como “víctimas”.

Los criterios de interpretación de los alimentos varían, dependiendo de quien realice o la obligación o el disfrute del derecho, y por lo general, van asociados a calificaciones amplias y vagas, como “nunca es suficiente” o “siempre es poco”.

Detonante de mayores problemas, se produce cuando existe una nueva relación familiar o matrimonial (factor de nupcialidad) en cualquiera de los progenitores. (TRAVERSO, 2000)

Para el obligado a brindar prestaciones económicas, le genera la necesidad de disminuir la cuota de asignación de alimentos a su primera relación familiar o matrimonial, porque eventualmente deberá asumir los gastos económicos de su nuevo núcleo familiar.

Para el caso del progenitor beneficiado con los alimentos, una nueva pareja constituirá un elemento de crítica de parte del otro, en particular, porque existirá la percepción de que el derecho del hijo disminuirá para el beneficio de la nueva pareja y los eventuales hijos que esta tenga.

Como elemento final en este punto, está el hecho de que el juzgador, cuando cuantifica los alimentos, no considera que la realidad socio-económica sea radicalmente distinta a lo que sucedía dos décadas antes.

En la actualidad, la mujer en la sociedad peruana participa y forma parte de la Población Económicamente Activa. Participación que puede ser, desde un punto de vista de una actividad formal o informal, desde una posición profesional o de servicios o desde una posición de dependencia o autonomía laboral. (BERMUDEZ TAPIA M. , Derecho Procesal de Familia, 2012)

2.4.3.5. Niveles de generación del SAP

A) La transmisión verbal de información negativa sobre un progenitor

Actitud y comportamiento provocado por los agentes alienadores, dependiendo de cuando tienen un vínculo cercano con el dependiente. Frases como “tu papa no te quiere”, “tu papa ya no te quiere dar de comer”, “tu papa ya no te quiere porque esta con su novia”, “tu mama solo quiere vengarse”, “tu mama es floja y no trabaja”, etc., constituyen expresiones que usualmente progenitor alienante utiliza para denigrar al otro.

En forma complementaria, las frases “si no estás conmigo, no te compro lo que me pides”, “si te vas con tu papa/mama, es porque ya no me quieres”, “¿Quién te quiere más?” son utilizadas para producir el cuestionamiento del afecto sobre el progenitor y así generar como respuesta positiva, las acciones alienadas del hijo a favor de quien las plantea. (BERMUDEZ TAPIA M. , Derecho Procesal de Familia, 2012)

B) La ejecución de acciones condicionantes sobre el hijo

El chantaje (HURTADO VALERO, 2007) del agente alienador sobre el dependiente es una práctica utilizada para provocar una acción “favorable” que genere, en el otro progenitor, la necesidad de realizar acciones semejantes. De esta manera, ambos progenitores compiten por el afecto de sus hijos, provocando acciones específicas, como la premiación de conductas impropias o majaderías contra el otro progenitor sea “divertida”, “relajada” o “buena” frente a la posición del progenitor con tenencia de ser el “inflexible”, “rígido” o “exigente”.

Como consecuencia, el hijo genera la falsa impresión de que el progenitor que le otorga o concede mayores beneficios inmediatos es el “mejor” y por quien deben tomar partido en la eventualidad que se vean forzados a escoger. La toma de decisión del hijo (desde la lógica de los estímulos superficiales) incrementa los niveles de conflicto entre los progenitores y puede provocar la limitación del contacto con el padre (por lo general).

Las expresiones de cómo se manifiestan estos dos niveles de conducta, pueden ser descritos en los niveles alienador y exterminador, desarrollados líneas arriba y se reflejan:

- En manifestaciones de violencia, como la agresión física, la intimidación y otros comportamientos traducidos en el ejercicio de poder.
- En manifestaciones de miedo, puede provocar la negociación a la realidad y “justificar” las acciones del progenitor.

C) Identificación de conductas negativas asociadas a la alienación en un proceso judicial.

- Limitación del vínculo entre el progenitor sin tenencia con el hijo.

Inconscientemente, el progenitor con tenencia realiza acciones con respecto de la planificación del tiempo del hijo, en particular, en épocas en las cuales tiene programado tener una convivencia con el otro progenitor.

El progenitor sin tenencia igualmente procura ampliar su ámbito temporal de convivencia en perjuicio del otro progenitor, sobre la base de la escasez del tiempo de disfrute del contacto. Ambas conductas generan la ampliación del conflicto. (BERMUDEZ TAPIA M. , 2008)

- Obstrucción del vínculo entre el progenitor sin tenencia con el hijo.

Es la conducta extrema del anterior punto. El progenitor (con tenencia y sin dicho derecho) realiza acciones con las cuales trata de negar la presencia de su contraparte en la vida de su hijo.

- Planteamiento de denuncias falsas y acciones judiciales temerarias y maliciosas.

Como resultado de las acciones de parte del progenitor perjudicado con las del progenitor alienante, se produce una reacción natural. Se judicializa el conflicto y se generan acciones con un origen impropio, fraudulento o perverso.

Sin embargo, las acciones iniciales de proteger al hijo pueden confundir al progenitor, ocultando su verdadera intención: La satisfacción de sus intereses por “recuperar” o “tener en exclusiva” a su hijo, provocando la justificación de realizar acciones temerarias y maliciosas en el ámbito judicial.

Denuncias por omisión de alimentos (en particular respecto de fechas , donde se suele exagerar y respecto de los alimentos entregados sin registro de recepción :”el padre nunca presto alimentos”) , por violencia familiar (sobre todo maltrato psicológico : “El padre constantemente me humillaba”), constituyen herramientas recurrentes que terminaban dilatando el proceso judicial y generan un sobre costo innecesario a los organismos jurisdiccionales , quienes por ley se verán obligados a tramitar dichas denuncias. (BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012)

A pesar de que son acciones temerarias y maliciosas, los juzgados no suelen sancionarlas y a pesar de que se exige una motivación de las resoluciones, respecto de las denuncias de acciones temerarias, se omite un pronunciamiento sobre lo planteado de forma negligente y deliberada.

Las quejas y denuncias a funcionarios judiciales, por estas circunstancias, igualmente son la segunda etapa de las acciones judiciales del progenitor perjudicado, por esta vez si cuenta con un elemento objetivo para la tramitación de sus recursos: O la inacción del órgano judicial o la omisión de pronunciamiento.

Bajo este contexto, el progenitor “débil” termina produciendo dos relaciones procesales:

a) Con el otro progenitor y b) Con el juez, creando en la percepción del litigante (progenitor débil, sobre todo varón), de que la jueza es una “nueva abogada” en la causa principal.

A partir de esta percepción, en las audiencias, las notificaciones y todo tramite judicial, se deberá tener preséntela animadversión del juzgador sobre el litigante que planteo la queja o la denuncia, respecto de la interpretación de sus resoluciones judiciales. El juzgador termina emitiendo resoluciones vacías, sin contenido ni referencia sobre lo planteado o solo indicando “téngase presente en cuanto fuere de ley”. (BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012)

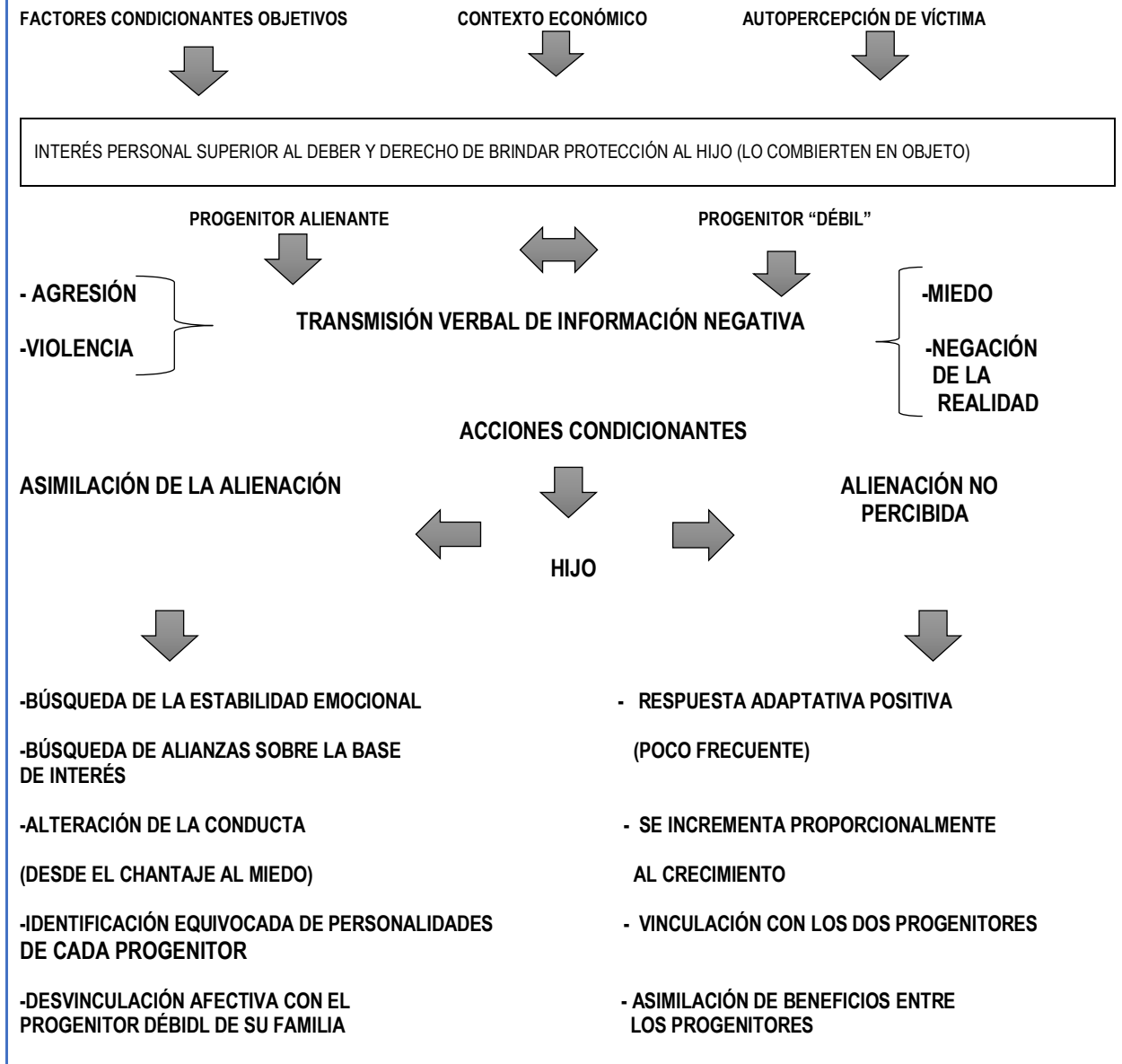
- Conflicto absoluto entre los progenitores.

La relación personal entre los progenitores tiene un nivel de rechazo absoluto de derechos, intereses y posiciones, las cuales son calificadas como inexistentes.

- Exigencia de los progenitores para que el hijo opte por uno de ellos.

Entre la opción de ser el “abandonado” o el “favorito” por cada progenitor el hijo desarrolla un conflicto de fidelidad frente a sus progenitores, que puede ir desde la manipulación (aprovechando la necesidad de búsqueda de fidelidad del progenitor) con el desarrollo de síndromes como el de Pinocho o el del Hijo Napoleón, a la generación de niveles de depresión, que puede inclusive provocar el suicidio infantil. (BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012)

Figura N° 02: Análisis del entorno y contexto del SAP



2.4.3.6. Evolución de Leyes de protección contra la violencia familiar

El Estado en estos últimos años ha realizado una serie de reformas legislativas para atender el problema específico planteado por la violencia familiar, con fecha 24 de diciembre de 1993 se promulgó la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, Ley 26260; Ley que establece las políticas del estado y la Sociedad, frente a la Violencia Familiar, la cual constituyó un hecho histórico en el Perú, asimismo definía la Violencia Familiar y establecía a quienes alcanzaban dicha norma; así señalaba en su Artículo 2 : "que constituyen manifestaciones de violencia familiar los actos de maltrato físico y psicológico, entre cónyuges, convivientes o personas, que hayan procreado hijos en común aunque no convivan y, de padres o tutores a menores de edad bajo su responsabilidad". (RAMOS & TRISTAN)

Posteriormente los alcances de tal disposición y ampliando los límites de los actos de violencia, así como las personas entre quienes se podía considerar actos de violencia familiar, a través de la Ley 26763, promulgado el 25 de marzo de 1997; la que modificó el citado artículo 2 de la Ley 26260, en los siguientes términos: "A efectos de la presente ley, se entenderá por violencia familiar, cualquier acción y omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre: Cónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales". (ALTAMIRANO VERA, 2014)

Posteriormente el 27 de junio de 1997, se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 26260, mediante D.S. 006-97 JUS; y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 002-98-JUS de fecha 25-02-1998; en las que es importante destacarse la posibilidad de otorgarse medidas cautelares inmediatas, con el objeto de lograr protección a la víctima, las que pueden ser dictadas inclusive por el Fiscal a cargo de la investigación, juez de familia y juez penal.

Seguidamente se modificó el citado Texto Único Ordenado, ampliando los alcances de las agresiones que se consideran como violencia familiar, y a las víctimas y agresores comprendidos dentro de ella, a través de la Ley 27306 de fecha 15 de julio del 2000, mediante el cual se agregó a la definición legal de violencia familiar los supuestos de violencia sexual y de amenaza o coacción graves y/o reiteradas así como también podrán considerarse como sujetos de violencia familiar a los ex – cónyuges, ex convivientes y a quienes hubieran procreado hijos en común independientemente de que convivan o no al momento de producirse la violencia.

(ALTAMIRANO VERA, 2014)La regulación nacional sobre violencia familiar se ha ido modificando, a través de otras disposiciones legales como la Ley 27982, publicada el 29 de mayo del año 2003, mediante la cual se derogó las facultades del Ministerio Público para conciliar los casos de violencia familiar. Ley 28236 publicada el 29 de mayo de 2004, que han tratado de lograr la efectiva protección legal de quienes resulten víctimas de violencia familiar.

Con los proyectos de ley presentados ante el Legislativo se pretende penalizar la violencia familiar, y es en este afán que con fecha 24 de Noviembre del 2008 se promulgó la Ley N° 29282, la cual se modificaron diversos artículos del D.S. 006-97-JUS referidos a la definición de violencia familiar, las medidas de protección, la validez de los certificados médicos expedidos por parroquias e instituciones privadas, la prohibición de que la Policía concilie los casos de faltas por violencia familiar, entre otros, así mismo se modificaron e incorporaron diversos artículos al Código Penal referidos a las lesiones por violencia familiar.

Resulta fundamental hacer un análisis de los derechos constitucionales involucrados en el tema de violencia familiar y los derechos fundamentales que se vulneran cuando se es víctima de ella. La Constitución Política del Estado señala:

- Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.
- Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:
- Inc. 1.- A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.
- Inc. 7.- Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propia.
- Inc. 24.- La libertad y seguridad personales.

En consecuencia: nadie debe ser víctima de la violencia moral, psíquica o física ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de sufrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

La violencia familiar atenta contra derechos fundamentales como son: la vida, la integridad, la dignidad humana, el honor y otros derechos fundamentales.

A) El Derecho a la Vida:

La violencia familiar muchas veces deriva en el asesinato de la víctima, usualmente mujeres o niños, por ello es que uno de los derechos constitucionales afectados con la violencia doméstica es el derecho a la vida. El derecho a la vida, es por excelencia un derecho natural primario del que todo ser humano goza, por el solo hecho de su existencia. Más que una exigencia jurídica constituye un suceso, originario e irreversible, con el cual el hombre se encuentra consigo mismo; solamente después se puede hablar de la necesidad de existir. El derecho a la vida es la piedra angular de donde emergen todos los derechos inherentes a la persona humana. Cuando la Constitución o aquellos cuerpos legales de menor jerarquía consagran el derecho a la vida, no están creando un derecho, sino lo están reconociendo y protegiendo. (ALTAMIRANO VERA, 2014)

Cuando una persona es víctima de violencia familiar, no sólo se atenta contra su integridad personal ya sea en el campo físico, moral, ético; sino contra su vida, pues muchas veces la pone en riesgo, pues a consecuencia de los golpes y maltratos puede ocasionar lesiones graves que inclusive conllevan a la muerte, son varios los casos de mujeres que han terminado asesinadas por sus convivientes o esposos por celos, luego de largos periodos de maltrato, tales noticias aparecen casi a diario por los medios de comunicación hablados o escritos; lo que no es propio en nuestro país, sino que son hechos que se producen en América Latina y en todo el mundo; resulta alarmante cómo las estadísticas elevan la incidencia de casos de muerte a manos de maltratadores.

B) El Derecho a la integridad:

El derecho a la integridad personal implica el derecho que tiene toda persona de mantener y a conservar su integridad física, psíquica y moral. Tradicionalmente, el derecho a la integridad se restringía al concepto de integridad física. A partir de la Carta Internacional de los Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha extendido este concepto hacia la protección de la integridad psíquica y moral. El derecho de integridad comprende entonces:

➤ **Integridad Física.-**

Integridad corporal; es la protección de los órganos, partes y tejidos del cuerpo humano. Esta protección supone la cantidad y calidad de la masa corporal del ser humano.

- Integridad Funcional; que se refiere a la protección de las capacidades y funciones del cuerpo.
- Integridad de la Salud; Tanto del cuerpo, de la mente y entorno social. b) Integridad Psíquica.- Es la preservación de las facultades y capacidades de la psiquis humana (emocionales intelectuales).

➤ **Integridad Moral.-**

Referida al espacio subjetivo y de valores del ser humano. El antecedente directo de la norma Constitucional se encuentra en la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 5 inciso 1) señala: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" omitiendo pronunciamiento sobre la integridad sexual; derecho que sin embargo sí halla expresa protección en la Ley contra la Violencia Familiar, siendo indispensable que se incorpore dentro del ámbito Constitucional la protección expresa de la integridad sexual, máxime si tenemos en cuenta que quienes más sufren agresiones sexuales son las mujeres, niñas y niños. (ALTAMIRANO VERA, 2014)

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará; así como la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, instrumentos internacionales, de los cuales es parte el Perú, sí hacen alusión expresa de la protección frente a la violencia sexual y por tanto de la protección de la integridad sexual de la víctima.

C) El Derecho de la Dignidad Humana:

La dignidad significa materialización de un valor, en ese sentido la dignidad humana significa la consideración de la persona como valor supremo, es el rango de la persona como tal.

La dignidad humana ha sido frecuentemente relacionada de manera directa con algunos derechos porque en ellos su exigencia se hace más patente por ejemplo: el derecho a la integridad física y moral, a la libertad ideológica, pero en realidad la dignidad humana se relaciona con todos los derechos.

La dignidad humana es un principio con valor absoluto, no admite restricciones, discriminaciones por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias; es independiente de la inteligencia, de la salud mental, de las cualidades personales y del comportamiento, de modo que incluso una persona que se comporte indignamente debe reconocérsele como portadora de ese valor humano.

El principio de dignidad humana otorga al derecho a la vida una dimensión sustancial, integradora, que va más allá de la protección de la simple existencia. En ese sentido, el derecho a la vida es acepción sustancial significa el derecho de vivir dignamente, es, a vivir de acuerdo al rango de ser humano, y no solamente de vivir en cualquier condición, ello implica contar con la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida elegido con libertad auténtica.

La violencia familiar es una manifestación clara de ataque contra la dignidad humana, puesto que contra sus víctimas, atenta contra su condición de persona, vulnera sus derechos humanos fundamentales y disminuye sus capacidades físicas, emocionales e intelectuales. (ALTAMIRANO VERA, 2014)

D) El Derecho al Honor:

El honor es un bien innato del ser humano, puesto que forma parte de la naturaleza o esencia misma de la persona, es el ingrediente espiritual básico de la personalidad humana.

El honor es el íntimo y raigal valor moral del hombre. Es un valioso bien de carácter no patrimonial que conlleva un sentimiento o conciencia de la propia dignidad como persona. El honor es un bien que socialmente se traduce en el respeto y consideración que se merece de los demás, en la estima, aprecio, buena fama y reputación adquiridas por la virtud y el trabajo. Un inestimable bien susceptible de respeto y protección. Honor posee el nasciturus, el menor impúber, el adulto, el loco y hasta el delincuente y la ramera, solamente que entre ellos se diferencia por grados. Por lo tanto es equivocada la idea de que sólo aquellas personas de alta sociedad, ancestros, de conducta intachable, sean los únicos que posean tal bien. El honor es un sentimiento interno que pertenece a todo ser humano y al cual se le debe guardar el debido respeto.

En materia de violencia familiar, es común encontrar la afectación al derecho al honor en cualquiera de sus formas y cualquiera sea la edad de la víctima, pues el derecho al honor lo tenemos todos los seres humanos cualquiera sea su edad, niños, jóvenes, adultos, ancianos, y se produce fundamentalmente a través de los insultos, agresiones verbales que afectan fundamentalmente la psiquis de las víctimas; sin embargo también a través de los periodos de silencio, la falta de atención, el desinterés, etc., que afectan grandemente el espíritu de la víctima del maltrato. (AYVAR ROLDAN)

(CORNEJO CHAVEZ H. , 1999)Un ejemplo de cómo nuestra legislación interna protege el derecho al honor lo tenemos en el artículo 333° del Código Civil, al referirse como causal de separación de cuerpos a la injuria grave. Bien dice Cornejo Chávez que el ultraje a los sentimientos o a la dignidad de uno de los cónyuges por el otro.

Corresponde en el orden moral, a la sevicia en el orden físico, pero, si bien es cierto que en determinadas circunstancias y tratándose de ciertas personas la injuria puede revertir la misma o mayor gravedad que el maltrato material, también lo es aquella, por no dejar huella objetiva y por referirse a algo tan inaprensible y subjetivo como es la dignidad, puede servir de base a un verdadero abuso del derecho de pedir la separación.

El reconocimiento de nuestra legislación a la injuria grave como causal de divorcio, es un reconocimiento del maltrato psíquico, emocional y moral de la víctima; así pues como injuria grave se considera a las amenazas de muerte de uno de los cónyuges a otro, los insultos, los silencios constantes, respuestas ofensivas, las actitudes que muestran desconsideración y desprecio provocando incidentes y humillaciones ante miembros de la familia o frente a extraños o amigos, las reacciones violentas.

Asimismo, el incumplimiento de los deberes de asistencia que impone el matrimonio como. El descuido del trabajo por parte del marido, y como consecuencia de ello, el incumplimiento de sus obligaciones conyugales; la desatención de un cónyuge ante la enfermedad del otro, la ausencia del hogar sin justificación alguna y no se preocupa por su cónyuge internado por una enfermedad.

2.4.3.7. Maltrato infantil

Son las acciones que realiza un adulto con la intención de hacer un daño inmediato a la persona agredida. Crea un síndrome en la víctima conocido como el síndrome del maltrato infantil. Las tres formas conocidas son: maltrato físico, emocional y psicológico. Produce lesiones físicas y emocionales indelebiles, muerte o cualquier daño severo. (UNICEF, 2006)

La convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas en su artículo 19, se refiere al maltrato infantil como: “forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. (Convención sobre los Derechos del Niño, 2015)

Cifras del subprograma de Salud Mental del Ministerio de Salud (MINSA) registraron en el año 2001, a nivel nacional: 8,859 casos de violencia familiar dirigida a niños (53.51%) y niñas (46.48%) entre 0 y 4 años; 10,011 casos de violencia familiar dirigida a niños (50.72%) y niñas (49.27%) entre 5 y 9 años; y, 20,204 casos de violencia familiar dirigida a varones (31.49%) y mujeres (68.5%) entre 10 y 19 años. En ese mismo año se atendieron 2,458 cuadros de depresión en niños (48%) y niñas (52%) entre 5 y 9 años y de 15,425 casos de varones (32.87%) y mujeres (67.13%) entre 10 y 19 años. Otro estudio epidemiológico en Salud Mental realizado sólo en Lima Metropolitana y el Callao durante el 2004, sostiene que el 51,8% de la población adolescente ha sufrido algún tipo de abuso, siendo la agresión psicológica la más prevalente (41,7%), seguida de la física (27,3%), el abandono (11,9%) y abuso sexual (4,1%). Departamento de Mental del Niño y del Adolescente del Hospital “Hermilio Valdizán” del Ministerio de Salud, septiembre 2004).

¿Cuáles son las características de los hogares en los que se desarrollan hechos de violencia física o psicológica? Uno de los principales factores es la pobreza que está asociada al bajo nivel educativo de los padres, en especial de la madre. el 50% de las mujeres que emplean la violencia física para castigar a sus hijos pertenecen a los estratos más pobres de la sociedad. Sin embargo, esta conducta no es exclusiva de ellas pues la violencia también es practicada comúnmente en los hogares de mejor posición económica. Revela que el 56,3% de las madres sin educación castigan a sus hijos a golpes, mientras que el 25% de las madres con educación también lo hace. Esta realidad difiere considerablemente de lo que estas mismas madres afirman pensar sobre el castigo físico: 66% de ellas considera que este tipo de violencia nunca es necesario. (UNICEF, 2006)

Los casos se repiten todos los días: niños con las manos quemadas para corregirlos por haber sustraído dinero, otros golpeados para que obedezcan o hasta sumergidos en el agua para que aprendan a respetar. Pese a que ya han transcurrido dos años desde que se promulgó la Ley N° 30403, que prohíbe el castigo físico y humillante contra los niños y adolescentes, el Estado hasta ahora no ha cumplido con reglamentar la referida norma, y el uso de la violencia en la crianza y en la educación de los menores va en aumento. (SAUSA, 2018)

Aunque la ley no es punitiva, sí establece formas de crianza positivas para una convivencia sana que evite la violencia. Matilde Cobeña, adjunta para la Niñez y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo, refirió que luchar contra el castigo físico y humillante es clave porque se trata del primer eslabón en la cadena de la violencia contra las personas. “Este es el punto de partida para normalizar un maltrato que puede escalar a otras formas de violencia, como la violencia sexual”, manifestó.

las cifras de atenciones en los Centros de Emergencia Mujer demuestran que la problemática es muy grave, pues mientras en 2016 se atendieron 7,867 casos de violencia física y 9,279 casos de violencia psicológica contra niños y adolescentes, en 2017 la cantidad aumentó a 9,121 casos de violencia física y 12,498 casos de violencia psicológica, es decir casi un 25%. Cada día se presentan unos 60 casos de violencia contra niños y adolescentes y de esta cifra el 60% de víctimas son mujeres.

Germán Guajardo, director de la Fundación Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo (ANAR), señaló que, según las denuncias reportadas a través del teléfono que tiene la institución, el 51.9% de las víctimas de maltrato sufre violencia hace más de un año; y en el 34.9% de casos, el maltrato se da todos los días. Además, en casi el 50% de casos son los propios padres los que ejercen violencia contra sus hijos.

Cobeña indicó que la aprobación de leyes no es suficiente para enfrentar esta grave problemática. “Se requiere que las normas se apliquen en la realidad y que se creen mecanismos adecuados para acompañar a los padres en las formas de educar con afecto, para así prevenir y reducir la violencia, pues de ninguna forma la disciplina puede ejercerse con violencia”, aseveró. (SAUSA, 2018)

A) Maltrato físico

Cualquier acto no accidental, que provoque daño físico o enfermedad en el niño. Esto puede ser leve: jalar el cabello, empujar o samaquear, cachetas, palmadas; o también puede ser grave: quemar con algo, golpear con objetos, agredir con cuchillos. Además de lo que fácilmente se reconoce como maltrato físico como los: golpes, empujones, heridas, pellizcos, existen otras formas de maltrato físico que no son fácilmente reconocidos como la negligencia o abandono físico.

Aunque el padre o adulto a cargo puede no tener la intención de lastimar al niño, también se interpreta como maltrato a la aparición de cualquier lesión física que se produzca por el empleo de algún tipo de castigo inapropiado. (CAMPOSS MUÑOS & PEREZ TABIA, 2010)

➤ Golpe :

Según la Real Academia Española, es la acumulación de sangre en un tejido por rotura de un vaso sanguíneo. Se trata de una reacción corporal que puede volver de color violáceo o aculado el área afectada. Este tipo de manchas puede aparecer en la piel o en los órganos internos del cuerpo por múltiples causas.

➤ Herida

Es una lesión sangrante, que se produce en los tejidos exteriores del cuerpo como consecuencia de un corte o mordeduras.

➤ Negligencia y abandono físico

Se refiere a la falta de protección y cuidado mínimo por parte de quienes tienen el deber de hacerlo. Se da cuando los responsables de suplir las necesidades básicas del menor, no lo hacen. Estas necesidades incluyen alimentación, educación, salud y vestido.

B) Maltrato psicológico

Se manifiesta a través de amenazas, críticas, culpabilización, castigos, aislamiento, negligencia y abandono emocional, exponiendo al menor a hechos traumáticos, pudiendo provocar daños psicológicos. Actos de privación de la libertad como encerrar a un niño o atarlo a una cama, no solo pueden generar daño físico, sino seguramente afecciones psicológicas severas. Este tipo de maltrato, ocasiona que en los primeros años del niño, éste no pueda desarrollar adecuadamente el apego, y en los años posteriores se sienta excluido del ambiente familiar y social, afectando su autoestima y sus habilidades sociales. (DIAZ HUERTAS & OTROS, 2002)

Forma Pasiva: o Abandono y negligencia emocional Es una forma pasiva de maltrato, que se da por la falta de afecto, apoyo y valoración al niño. Existe una falta de respuesta por parte de los padres/madres o cuidadores a las expresiones emocionales del niño o a sus intentos de aproximación o

interacción. Se caracteriza porque el menor no tiene acceso emocional a sus padres, por ejemplo: no comparten momentos juntos, muestran indiferencia, no preguntan sobre las experiencias cotidianas del niño.

➤ Forma activa:

- Amenazar: Según la real academia española, significa “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal o daño a alguien”.
- Criticar Expresar opiniones o juicios negativos contra los menores, por ejemplo los insultos, ello causa alteración de forma negativa en su autoestima.
- Culpabilizar Atribuir culpa a los niños por algún motivo.
- Castigar Obligar a un niño a hacer algo fatigoso por haber tenido un mal comportamiento.
- Aislar Privar al niño de oportunidades para entablar relaciones sociales. Por ejemplo: negar la interacción con sus compañeros.

C) Abuso sexual

Puede definirse como la implicación a niños en actividades sexuales para satisfacer las necesidades de un adulto. Puede incluir desde la exposición de los genitales por parte del adulto hasta la violación del niño. La mayoría de estos delitos se producen en el ámbito del hogar, siendo el abusador muchas veces un miembro de la familia o un conocido de esta o el menor. El abuso sexual viola los derechos del niño ya que usa la fuerza, la manipulación, el engaño o el chantaje para involucrarlo en actividades sexuales que vulneran su salud psíquica y física del menor. (DÍAZ HUERTAS & OTROS, 2002)

El abuso sexual puede ser:

- Con contacto: Contacto físico con los genitales, tocamientos, violación.
- Sin contacto: Obligar a ver actos sexuales, pornografía, propuestas verbales, exhibirse con fines sexuales.

2.4.4. Patria potestad

2.4.4.1. Concepto de patria potestad

Antes de entrar a analizar el concepto de patria potestad, resulta pertinente detenernos sobre el termino patria potestad, en tanto que este nos conduce equivocadamente a pensar que esta institución solo confiere derechos a los padres, convirtiéndose en una suerte de autoridad omnímoda a favor de ellos, y creando una relación de dependencia total de los hijos respecto de sus padres, y a demás pareciera que la institución esta concebida solo en función del padre relajándose a la madre.

Esta confusión parte del hecho de que el termino patria potestad que nace en el derecho romano, significa etimológicamente poder del padre; en efecto el termino patria alude a la figura paterna, y potestad implica poder, prerrogativa, facultad, derecho; ahora bien en esa época era concebida en función del *pater familias* concibiéndosele derecho, potestades, poderes, facultades, sin su correlato de deberes, y era ejercida solo por el padre, sin embargo ello ha cambiado, mas no el termino que se mantiene por la fuerza de la tradición, pero ya no responde a lo que efectivamente se entiende como patria potestad, esto es cumulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos; quizás debemos ir hacia una nueva denominación que recoja estos deberes-derechos, y en función de los padres y no solo de uno de ellos; sobre el particular, algunos han intentado llamarlo autoridad paterna compartida, otros, autoridad benéfica sobre los hijo; sobre esta ultima denominación empleada por don Manuel Lorenzo Vidaurre en su proyecto del código civil, se señala que encerraría en efecto, atributos a favor de los padres y de allí el concepto de autoridad, sin embargo dicha autoridad se ejercita a favor de los hijos, atendiendo a su estado de indefensión e incapacidad, por lo tanto la autoridad tiene sentido en tanto se ejercite en favor de los hijos, que no es otra cosa que en defensa de los derechos de los hijos. (AGUILAR, 2014)

En fin creo que resulta importante encontrar un nombre propio de esta importante institución familiar, sobre el particular el código de la familia del salvador la denomina autoridad parental.

Pues bien, a continuación presentamos algunos conceptos que se dan de la patria potestad.

Para Jossierand, la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre, sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos. Aquí también es de notar a la ley como la fuente de la patria potestad, pues es esta la que en ultima instancia la que concedería los derechos e impondría los deberes.

A su vez los hermanos Mazeaud nos dicen que: “la patria potestad se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad sobre la persona de los hijos opero con el nombre de goce legal, confiere prerrogativa pecuniaria al progenitor que la ejerce”. No se consigna a la ley como la generado de deberes y derechos, sin embargo se reconoce que constituyen relaciones jurídicas, y por otro lado, se destaca las prerrogativas económicas a favor del progenitor, pensando quizás en el derecho de usufructo legal que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos. (AGUILAR, 2014)

Por su parte Messineo refiere que la patria potestad es un conjunto de poderes (a lo que corresponde otros tantos deberes), en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica (dependiente de la edad) y de su consiguiente incapacidad de obrar. Este concepto se encuadrilla dentro de lo que podría denominarse el estatuto de la patria potestad entendiéndose portar al conjunto de principios que guían a relaciones paterno filial.

Mucho mas reciente, el autor argentino Hugo D' Antonio señala que la patria potestad es el complejo funcional de derechos y deberes, reflejos de la filiación, que corresponde a los padres respecto de cada uno de sus hijos, en tanto estos permanezcan en estado de minoridad o no se hayan

emancipado, y que reconoce como finalidad lograr el pleno desarrollo personal de los hijos. El concepto de patria potestad esta aquí en función al objeto de la institución. (AGUILAR, 2014)

El Código Civil 1984 en su artículo 418, establece que por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores; sobre el particular se debe notar que el legislador propone el objeto de la institución familiar, guardando conformidad a lo ya establecido en la constitución de 1993, en el artículo 6, que en su segundo párrafo, establece que es deber y de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, mientras que por otro lado los hijos tiene el deber de respetar y asistir a sus padres; por lo tanto esta claro que en esta institución familiar coexisten derechos y deberes, con la nota generalmente de reciprocidad, mas aub en determinados casos, los atributos que encierra la patria potestad se convierten en derechos deberes, por cuanto se concibe como derecho del padre y que a la vez es un deber, verbigracia el atributo referido al derecho de los padres a dirigir el proceso educativo, y como todos sabemos, igualmente constituye el deber de los progenitores de educar a sus hijos, asimismo el derecho de tenencia, que es un atributo de los padres de tener a los hijos consigo, pero que encierra en su ejercicio un deber de los padres, como es el de custodia, que implica guardar, proteger y cuidar a los hijos. (AGUILAR, 2014)

Concluyendo la patria potestad viene a ser institución del derecho de familia, la cual comprende una variedad de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, que tienen como fin lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos. Este pretende abarcar no solo el derecho-deber de los padres e hijos. Sino también el fin que persigue la institución, el que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también de los hijos que al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones optimas.

2.4.4.2. Signos distintivos de la patria potestad

Por tratarse de una institución que descansa en un estado de necesidad natural de los sujetos bajo patria potestad, y por cuanto se da entre padres e hijos, aparecen particularidades propias reconocidas por juristas, magistrados y todos los que tengan que ver con el quehacer jurídico, veamos (AGUILAR, 2014):

- Es una institución del derecho de familia, al darse entre personas vinculadas por el parentesco.
- Se reconoce a los padres no solo deberes sino igualmente derechos sobre la persona y bienes de sus hijos
- Se reconoce a los hijos no solo derechos, sino igualmente deberes para con sus padres
- Institución no creada por el derecho, sino que preceda a esta, pues se trata de una institución de orden natural.
- La patria potestad tiene sentido en tanto que busca cautelar los intereses de los hijos que por su incapacidad no pueden ser cautelados por ellos mismos.

2.4.4.3. Características de la patria potestad

➤ La patria potestad se aplica exclusivamente como un régimen de protección a menores no emancipados.

➤ Es obligatoria, pues los padres tienen la patria potestad a no ser que la misma ley los prive de la patria potestad o los excluya de su ejercicio.

➤ Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.

➤ La patria potestad es un régimen de protección que ofrece las mayores garantías de protección de los menores no emancipados porque cuenta con el concurso de los protectores naturales de éstos.

➤ Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. Es importante señalar que los cónyuges pueden disponer sobre la guarda del hijo en el escrito de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, pero este es un caso en que la ley lo permite (Art. 560 Ley Orgánica de Protección a los niños y adolescentes). La patria potestad es irrenunciable y en todas las cuestiones relacionadas con el estado civil y el derecho de familia, sólo son válidas las convenciones expresamente autorizadas por la ley, de manera que las que no se amparan en las normas jurídicas conducentes, adolecen de nulidad. Esto significa que en tales casos, no existe ni funciona el principio de la autonomía de la voluntad, que opera en el derecho patrimonial.

➤ Constituye una labor gratuita, porque es un deber natural de los padres.

➤ La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre. (AGUILAR, 2014)

2.4.4.4. Extinción y Suspensión o de la patria potestad

El Código de los niños y adolescentes en el artículo 77° regula la extinción de la patria potestad, así como, en el artículo 75° se regula la suspensión de la misma. La patria potestad puede verse extinguida por la muerte de uno de los sujetos de la patria potestad, así como, por el alcance de la mayoría de edad. Así mismo, en los casos donde el menor contraiga matrimonio o se produzca su emancipación. También se sanciona con la extinción de la Patria potestad los casos de abandono judicial, los supuestos de delito doloso, en los casos en que el principal perjudicado es el menor. Esto es una sanción a la actitud de los padres que no han actuado según el interés superior del menor. También produce la reincidencia de ciertos supuestos de suspensión de la Patria potestad, el darles órdenes, consejos o El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú 73 ejemplos que los corrompan; el permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; el maltratarlos física o mentalmente; y el negarse a prestarle alimentos- también es sancionada por la extinción de la misma. (CORDOVA RETO, 2016)

En el caso de la suspensión de la patria potestad nos encontramos con la interdicción del padre o de la madre, es decir, la declaración de incapacidad de una persona que le impide realizar todos o algunos actos de su vida civil. La interdicción solo puede ser declarada por el juez. De acuerdo a los artículos 43° y 44° del Código civil, pueden ser declarados interdictos: los consumidores de drogas, los ebrios habituales, los que malgastan sus bienes, los que sufren del deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los que padecen retardo mental, los que sufren condena en prisión.

En los casos de supuestos de ausencia judicial se observa la necesidad de suspender la patria potestad. Ambos casos se muestran como una protección judicial del menor, y algunos supuestos de interdicción se ven claramente como sancionables en virtud de la actuación en base al interés superior

del menor. También se suspende la patria potestad cuando los padres perjudiquen a sus hijos: cuando les den órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; les permitan la vagancia o los dediquen a la mendicidad; los por maltraten física o mentalmente; y les nieguen el prestarle alimentos. Se observa que la mayoría de supuestos hacen referencia al interés superior del menor, dado que se suspende la patria potestad como sanción a los padres que con su conducta podrían ocasionarle un daño al menor o que no se han preocupado por ellos. Sin embargo, no es correcto afirmar que la patria potestad se suspenda solo con carácter de sanción, en nuestro país, pues esto no se deriva de las normas peruanas. Ahora, en el caso del divorcio o separación, el cónyuge que no se queda con los niños ve suspendido su derecho de la patria potestad. Este caso se entiende en los supuestos de divorcio por causales que puedan vulnerar la educación del menor, o en caso de invalidación del matrimonio es entendible que a la persona que no ha hecho posible que existe un matrimonio valido deberá ser en principio quien padezca la suspensión de la patria potestad. (CORDOVA RETO, 2016)

No obstante, siempre será necesario evaluar el caso en concreto. En ese sentido, resulta interesante detenerse en los supuestos de separación por mutuo acuerdo, en los cuales no existe ninguna conducta que pueda perjudicar al menor, por lo que no se entendería que se suspenda la patria potestad al que en esta situación no se ha quedado al cuidado del menor, al menos que lo que se esté privilegiando sea un criterio práctico de la toma de decisiones respecto del menor, dado que la patria potestad es un derecho de los padres en beneficios de sus hijos menores que solo se perdería en supuestos realmente graves. Por lo que debe tenerse cuidado, pues pareciera ser que el Código civil confundiese la tenencia con la patria potestad.

En concordancia, cualquier limitación de la patria potestad tendría que sustentarse en causas específicas y perjudiciales a los intereses superiores del niño, niña o adolescente. No solo por el hecho del mero divorcio o separación se podría suspender la patria potestad a los padres, dado que se les privaría de poder ejercitar este derecho en situaciones en que la persona que aún conserva la patria potestad está actuando sin considerar el interés superior del menor. Por lo que, al existir un criterio objetivo y práctico, será el juez quien determine en el caso concreto cuál de los padres se encuentra en mejor disposición de actuar en base al interés superior del menor, y, asimismo, podrá suspender la tenencia, pero no la patria potestad, al menos que exista una conducta que no permita el desarrollo del menor.

Por lo que, al existir un criterio objetivo y práctico, será el juez quien determine en el caso concreto cuál de los padres se encuentra en mejor disposición de actuar en base al interés superior del menor, y, asimismo, podrá suspender la tenencia, pero no la patria potestad, al menos que exista una conducta que no permita el desarrollo del menor.

El interés superior del menor como límite a la patria potestad en el ejercicio de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos en el Perú.

El último supuesto de suspensión son los delitos dolosos en los que se pueda ver perjudicada la perfección o desarrollo del menor, en ese sentido, la actitud paterna y las decisiones judiciales deben ser tomadas teniendo en cuenta la opinión del menor en todos los casos, especialmente cuando se ve involucrado un menor maduro, y siempre respetando su interés superior que se constituye en un principio rector de toda relación en la que se vea involucrado un menor de edad, y en ese sentido un principio rector del ejercicio de la patria potestad. (CORDOVA RETO, 2016)

2.4.4.5. Cese temporal y definitivo de la patria potestad

En este caso estaríamos ante un cese temporal de la patria potestad, lo que implica que no se ejerza ningún atributo de la patria potestad por un determinado tiempo. Sin embargo en cuanto a los deberes que impone esta institución, ellos permanecen inalterables y por lo tanto sigue la obligatoriedad de su cumplimiento.

El código de los Niños y Adolescentes ha modificado los artículos 462, 463 y 466 del Código Civil, que como sabemos estaban referidos al cese temporal de la patria potestad a través de la privación, pérdida y suspensión de patria potestad; hoy sólo se conoce la suspensión como una vía de cese temporal.

En el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes se enumeran las causales que dan lugar a la suspensión, observándose que en su gran mayoría están referidos a inconductas de los padres, tales como dar órdenes, consejos o ejemplos que corrompan a los niños, o permitir la vagancia o dedicarlos a la mendicidad o el maltrato físico o mental o negarles alimentos. Sin embargo también se regulan situaciones no imputables a conductas de los padres, tales como la interdicción del padre o madre o la ausencia judicial. Por último también se regulan los casos de separación o divorcio o invalidez del matrimonio, supuestos que no deberían estar referidos a la suspensión, sino a la tenencia.

Por ley 29194 se modifican una serie de artículos del código penal, y en lo que se refiere a la patria potestad, se adiciona un nuevo supuesto para la suspensión del ejercicio de la patria potestad, modificando con ello el artículo 75 del código de los niños y adolescentes; en efecto ahora también se suspende el ejercicio de la patria potestad, al padre o a la madre a quien se le haya abierto proceso penal, por delitos de acto sexual con menores de 7 años a 14, actos contrarios al pudor con menores de 14 años, proxenetismo o sustracción o seducción a una persona para entregarla a otras con el objeto de practicar relaciones sexuales.

En caso de cese definitivo implica que los padres o el padre o madre nunca más volverá a ejercer la patria potestad; casos como la muerte de los padres o del hijo, o cuando cese la incapacidad del hijo, llevan a la extinción. Ahora el artículo 77 del código de los niños y adolescentes ha adicionado otras derivadas de inconductas de los padres, tales como: condena por delito doloso cometido en agravio de su hijo o en perjuicio de los mismos, por reincidir en las causales de suspensión derivadas de los malos ejemplos, corrupción, mendicidad, maltrato y negación de alimentos. Debe también mencionarse la ley 29194 agregando otra causal de pérdida, referida a aquel padre o madre, que ha sido sentenciado por los delitos de acto sexual con menores de 14 años, delitos contrarios al pudor con menores de 14 años, proxenetismo o sustracción o seducción a una persona para entregarla a otras con el objeto de practicar relaciones sexuales.

2.4.5. Tenencia

2.4.5.1. Tenencia en niños y adolescentes

La tenencia es una institución del derecho de familia, que tiene por finalidad, el determinar cuál de los padres estará al cuidado de los hijos en el caso de que exista una separación. Por lo que de acuerdo a las circunstancias, como particularmente señala ,puede ser definida como: Un atributo de la Patria Potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos de consuno y, por tanto ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones.

Por su parte, en la Comisión de Justicia de Derechos Humanos señala que la Tenencia de Menor, es definida como el trámite tendiente a obtener un reconocimiento Judicial del derecho de Custodia y tenencia de un hijo y procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de este. (LOPEZ REVILLA V. P., 2016)

La tenencia es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida o a un tercero si fuese necesario. (AGUILAR, 2014)

Doctrinariamente, se entiende por tenencia a aquella facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por el juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (artículo 81 y siguientes del Código de los niños y adolescentes). Así, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica.³

Asimismo el artículo 84 del Código de los niños y adolescentes establece, respecto de las facultades del Juez, que: “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades el juez resolverá teniendo en cuenta los siguiente” (AGUILAR, 2014)

- El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que sea favorable.
- El hijo menor de 3 años permanecerá con la madre.
- Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

El juez deberá analizar las circunstancias concretas del caso, en concordancia con los criterios legales y suele priorizar: (AGUILAR, 2014)

- El interés superior del niño.
- El derecho de audiencia de los menores.
- El principio de no separación de hermanos.
- La edad de los menores.
- El tiempo que disponen los progenitores.
- La convivencia del solicitante con una tercera persona(otra pareja)
- El lugar de residencia.

³ Poder Judicial. Pleno Jurisdiccional de Familia de 1997

2.4.5.2. Clasificación de la tenencia

Existen en doctrina diversos tipos de tenencia. Para los fines que competen a los temas bajo análisis, utiliza el criterio simple a partir del tiempo de utilización de la institución. De acuerdo a lo referido tenemos:

➤ **Tenencia definitiva:**

Es aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o conciliación extrajudicial, que como sabemos, tiene calidad de cosa juzgada. Así pues esta tenencia en definitiva en el sentido de que se requeriría nueva resolución judicial o acuerdo conciliatorio que la modifique o la varíe. Se determina al final de un proceso judicial o acuerdo conciliatorio. Se plantea esta pretensión, generalmente a través de un proceso principal. (AGUILAR, 2014)

➤ **Tenencia provisional:**

Es la facultad del padre que no tiene la custodia de recurrir al juez especializado a fin de solicitar la tenencia provisional. Es considerada en razón del peligro que corre la integridad física del menor. Se presume que el menor está corriendo grave riesgo al estar con el otro padre, este debe entregarlo inmediatamente con una orden judicial. Esta tenencia se otorga a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres años.

El que tiene la custodia de hecho no puede solicitar la tenencia provisional precisamente porque la tiene de hecho, pero puede recurrir inmediatamente a solicitar la tenencia a fin que se le reconozca el derecho, con las garantías correspondientes. La ley prevé que quien no tiene la custodia, tiene el derecho de solicitar la tenencia provisional para salvar la integridad del menor, entonces el juez deberá ordenar dentro de las 24 horas la entrega del menor. (AGUILAR, 2014)

Se dice que esta facultad de solicitar la tenencia provisional viola el derecho a la igualdad ante la ley, ya que deberían ser ambos los padres quienes puedan acceder a solicitar una tenencia provisional (el que tiene y el que no tiene la custodia). Ante tal interpretación, los jueces podrían ejercer el control difuso, prefiriendo la norma constitucional.

Este tipo de tenencia se plantea usualmente como medida cautelar, a través de un proceso cautelar. Dependerá de la eficacia de las pruebas del solicitante, el éxito de esta medida, así como también puede llegar a ser determinante la voluntad del menor.

El código de los niños y adolescentes, en su artículo 87, respecto de la tenencia provisional, establece que: “Se podrá solicitar la tenencia provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el juez resolver en un plazo de veinticuatro horas. En los demás casos, el juez resolverá teniendo en cuenta el informe del equipo multidisciplinario, previo dictamen fiscal. Esta acción solo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede la solicitud de tenencia provisional como medida cautelar fuera del proceso”. (AGUILAR, 2014)

➤ **Tenencia Monoparental**

La tenencia monoparental o exclusiva, es aquella ejercida por un solo progenitor, despojando al otro (generalmente al padre) del ejercicio de la patria potestad por razones poco justificadas como el determinar la corta edad del menor, quien deberá ser cuidado exclusivamente por la madre, que por razones de costumbre se infiere que es la persona más adecuada para ejercer los cuidados del menor. Es por ello que dicha tenencia, se sostiene en la teoría de los cuidados previos o preliminares del hijo, por lo que sostiene que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que ejerció su crianza más tiempo, o quién está en mejor capacidad económica para mantenerlo, siendo una excepción los casos referidos a los niños menores de tres años, como lo es en el Perú, que se le otorga la preferencia a la madre, en tanto, aún existe un nexo de necesidad biológica del niño hacia su madre, lo cual considero erróneo, ya que no se encuentra acierto formal alguno, por lo menos dentro de la rama psicológica.

En la Tenencia Monoparental, como efecto de la separación matrimonial o conyugal, se da la posibilidad de que surjan determinados factores que pongan en riesgo la estabilidad emocional o psicológica del menor respecto al otro progenitor, privándolo de la figura materna o en su mayoría paterna, así mismo dificultando las relaciones paterno-filial, ello debido a que el progenitor que tenga la tenencia del menor se sienta con el derecho de “tenerlo en su posesión” limitando al otro, titular también de la patria potestad, sin habérsele suspendido de la misma. (LOPEZ REVILLA V. P., 2016)

En este aspecto, es dable mencionar que en la tenencia monoparental se pueden presentar las siguientes situaciones

➤ Acentuado apego del progenitor conviviente con sus hijos. “Los peligros que se corren son el aislamiento y encierro de los hijos y la primacía de las funciones nutritivas (contención emocional) por sobre las normativas (imposición de límites) pudiendo llevar a graves perturbaciones”.

Luego de darse una tenencia monoparental, surge el régimen de visitas que es producto de normativas que fracturan a la familia, dado que constituye una instancia artificial que desarticula la cotidianeidad física anterior, enfrentándose a una abrupta discontinuidad en la forma de contacto y se ven obligados a adaptar sus sentimientos y necesidades mutuas a los estrechos confines de una visita. Sin embargo la realidad ha demostrado que en este tipo de familia que cuenta con una tenencia exclusiva, existen múltiples escenarios en donde no se da el adecuado cuidado al menor y que en todo caso incluso le puede causar un daño propio, tal cual es la alienación parental o que el régimen de visitas se de en un ambiente poco familiar. (LOPEZ REVILLA V. P., 2016)

➤ **Tenencia compartida**

Ante una familia en la que se han disuelto los lazos de pareja y que se ha reconstituido, los hijos experimentan cambios en la dinámica, en el estilo de las relaciones; pasan de una convivencia donde, de una manera u otra, se compartían los roles maternos y paternos, a una dinámica relacional completamente diferente, donde es el padre o la madre quien va asumir el rol de custodio y probablemente a combinar los roles de padre y madre a la vez. Y ante esta dinámica, resulta pertinente hablar de una tenencia Compartida, en donde ambos padres, post-separados, puedan ejercer conjuntamente la tenencia de su hijo o hijos manteniendo las relaciones familiares y no alterando el desarrollo integral del menor. (LOPEZ REVILLA V. P., 2016)

De tal modo, que la Tenencia Compartida se conceptualiza como aquella donde el menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

La definición de Tenencia o Custodia compartida, como la modalidad de custodia de los hijos que tiene como principal objetivo que estos (los niños) sigan manteniendo un contacto asiduo con ambos progenitores. Pues bien, el sustento básico de la Tenencia Compartida lo encontramos en el concepto de Coparentabilidad (igual implicación de ambos progenitores) indicado en párrafos anteriores, que desde un punto de vista teórico podríamos entender como la opción más próxima al derecho del niño a disfrutar de ambos progenitores con las implicancias emocionales o educativas que ello conlleva. (LOPEZ REVILLA V. P., 2016)

La tenencia compartida y sus efectos en el desarrollo y bienestar del menor Existe el mito de que la Custodia o “Tenencia” Compartida es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres. Efectivamente se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales. Los niños y adolescentes, bajo la tenencia Compartida, podrán compartir tiempo con ambos padres, quienes tendrán los mismo derechos y deberes sobre la toma de decisiones. (LOPEZ REVILLA V. P., 2016)

2.4.5.3. Variación de la tenencia

(BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012) En vía de interpretación extensiva a las regulaciones descritas en el artículo 77° CNA (Extinción o pérdida de la patria potestad), podemos señalar que la tenencia, como derecho se extingue por:

- Muerte del progenitor con tenencia.
- Por la emancipación del hijo (mayor de edad, matrimonio o abandono del hogar).

Salvo la primera condición, el progenitor sin tenencia puede requerir la determinación de la condición jurídica de ser tenedor a nivel judicial si existe un nivel conflictivo (cuando los hijos se quedan con la familia del progenitor fallecido) o a nivel de traslación de la guarda de los hijos (variación de domicilio y posteriormente disfrute de la tenencia).

Téngase presente que, al no estar suspendido en la patria potestad, el progenitor sin tenencia activa inmediatamente su derecho a tener la guarda de sus hijos ante la ausencia del otro progenitor.

La tenencia es un derecho que se atribuye a un solo padre. El derecho de solicitar la variación de la tenencia pertenece a quien no tiene la tenencia. El padre que tiene al hijo consigo, tiene mayor responsabilidad de quien no lo tiene a su lado, el padre que cede la tenencia al otro, confía en los cuidados que este prodigará a su hijo. Sin embargo la ley establece la facultad que tiene todo padre de solicitar la variación de la tenencia en caso de que no existan cuidados o no sean suficientes. (AGUILAR, 2014)

El padre que ha tenido durante cierto tiempo al menor ha fortalecido el grado de amor y dependencia del menor. Por esta razón la ley establece que la variación de la tenencia se realizará con la asesoría del equipo multidisciplinario a fin de que el cambio no produzca daño o trastorno al menor, pero se procederá con el cumplimiento inmediato del fallo, en caso de que la integridad del menor se encuentre en peligro.

El requisito es que exista una tenencia, otorgada por separación de mutuo acuerdo, o divorcio, o una tenencia otorgada por el juez.

(AGUILAR, 2014) La resolución que establece la separación convencional, establece de conformidad con el convenio, cual es el padre que tendrá a los hijos. Pero esta resolución si bien tiene autoridad de cosa juzgada, en materia de tenencia, puede variar si el otro padre considera que debe tener la tenencia, para ello deberá solicitar en nuevo proceso la tenencia, pero solo con otra resolución judicial podrá variar la tenencia. Ello se encuentra establecido en el artículo 82° del CNA que dispone que: “si resulta necesaria la variación de la tenencia, el juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato”

Así pues, el juez en la variación de la tenencia la resuelve de dos grandes formas:

- En la mayoría de los casos se dispone que se realice de forma progresiva para evitar daños o trastornos en el menor de edad.
- Excepcionalmente se dispone que se cumpla de inmediato cuando se puede acreditar que el menor de edad se encuentra en peligro para su integridad.

Otro supuesto que da a lugar la variación de la tenencia es lo relativo a la restitución de la patria potestad. El código de los niños y adolescentes en su artículo 78° dispone que “los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la patria potestad podrían pedir su restitución cuando cesa la causal que lo motiva. El juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad en razón del Principio del Interés superior del niño y adolescente”. (AGUILAR, 2014)

Asimismo en lo relativo al incumplimiento del régimen de visitas, el CNA en su artículo 91° establece: “el incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los

apremios de la ley en caso de resistencia podrá originar la variación la tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como nueva acción ante el juez que conoció del primer proceso”.

La resolución que otorga la tenencia solo puede modificarse mediante nuevo proceso judicial después de seis meses de otorgada. Esto se encuentra establecido en el artículo 86° del Código de Niños y Adolescentes: “ la resolución sobre tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como nueva acción. Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente”. (AGUILAR, 2014)

2.4.5.4. Condiciones para Garantizar el Bienestar del Menor

A) Opinión de la Asistente Social

La misma que evalúa el contexto familiar, observándose el ambiente familiar, económico, psicosocial y cultural en el que se desarrolla el menor, los progenitores y las personas que se vinculan con ellos.

Las visitas de los asistentes sociales a domicilio del menor y de los progenitores constituyen una muestra de este punto. Si se descubre que las condiciones de la tenencia son perjudiciales para el hijo, el informe negativo se convierte en vinculante para el juez que solo podría justificar una decisión por circunstancias más graves en el otro progenitor. (BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012)

B) Opinión de la Psicológico

Se evalúa en una perspectiva inmediata y a futuro el desarrollo del hijo, en particular, cuando este se encuentra en el medio del conflicto de intereses de los progenitores.

Sin embargo, esta opinión, a diferencia de la del asistente social, no puede ser tomada en forma excluyente a los medios probatorios presentados en la demanda, a la contradicción formulada por el demandado y al mismo desarrollo del proceso, principalmente, debido a que no es una conclusión firme sino solo una proyección tentativa. (BERMUDEZ TAPIA M. , Derecho Procesal de Familia, 2012)

En tal sentido, en casos extremos o en situaciones complejas, un informe psicológico puede recomendar que el hijo requiera una terapia focalizada/especial o tenga que desvincularse de algún progenitor; sin embargo, puede suceder que no se ejecute tal acción (recomendación) y el hijo no asimila la alienación provocada por sus progenitores. (BERMUDEZ TAPIA M. , 2008)

Dado que las perspectivas resultan complejas en cuanto a su proyección, el informe psicológico es el elemento técnico que requiere ser considerado en última instancia.

Si bien no habría inconvenientes. Es necesario señalar la posibilidad de cometer un grave error si se tratan de niños con una edad inferior a los seis años, por cuanto ante estas “recomendaciones” (sustentable, objetivas, subjetivas), los hijos agredidos suelen desarrollar reacciones psicológicas de culpa, generando un trauma mucho más grande.

Por tanto, aun cuando un progenitor sea culpable o responsable por actos atentatorios contra la dignidad, salud e integridad del hijo, no puede plantearse una ruptura inmediata en la relación paterno-filial. La separación debe ser gradual y procurar que el hijo no desarrolle una “culpabilidad” (responsabilidad) por las consecuencias de los hechos de los progenitores agresores. (BERMUDEZ TAPIA M. , DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, 2012)

C) Régimen de visitas :

Forma parte del derecho de relación, es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paternofilial. Jurídicamente, visitar implica estar, supervisar, compartir, responsabilizarse; por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2017)

Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral.

Así tenemos como principal sujeto titular beneficiario del derecho de visitas, al visitado, al menor de edad tomando en cuenta el Principio del Interés Superior del niño y que más que un derecho de los visitantes, el régimen de visitas se establece y regula considerándolo como un derecho del menor de edad visitado. (AGUILAR, 2014)

2.4.5.5. Alimentos

La pensión de alimentos es una institución muy importante del Derecho de familia. Se constituye como la prestación obligatoria- por lo general dineraria- que tiene por finalidad proveer al pariente necesitado, de los medios materiales indispensables para su subsistencia como la alimentación, habitación y vestido.

En caso de que el necesitado sea un menor de edad, el concepto “alimentos” también abarcará la educación, instrucción y capacitación para el trabajo.

A efectos de tener un panorama más claro de lo mencionado, veamos cómo define el concepto de alimentos nuestro Código Civil Peruano: “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento , habitación ,vestido y asistencia médica ... Cuando el alimentista es menor de edad , los alimentos comprenden también su educación , instrucción y capacitación para el trabajo”

Por ello, no debemos dejarnos llevar por el significado literal del término pensión alimenticia ya que, como lo vimos, este no comprende solo a los alimentos en sentido estricto sino a todos aquellos medios materiales que le permiten al necesitado garantizar su subsistencia, llegando a abarcar incluso, según el caso, la educación y la capacitación para el trabajo. (CORPORACION PERUANA DE ABOGADOS., 2015)

La demanda por alimentos se caracteriza por ser un proceso relativamente sencillo. El primer trámite será la redacción la demanda. En ella se deberá incluir, la copia del documento de identidad del demandante y todos los medios probatorios que acrediten los gastos del titular. Luego se deberá interponer la demanda en el juzgado competente.

Debemos recordar que la interposición de la demanda por alimentos no tiene costo alguno para el demandante.

Luego, el juez calificará la demanda. En caso de que está sea admitida, le comunicará al demandado y le otorgará un plazo de 5 días para que conteste. Luego convocará, dentro de 10 días, a una audiencia única, en la que, tras evaluar los argumentos y las pruebas aportadas por las partes tomará un decisión, fijando el monto de la pensión. (CORPORACION PERUANA DE ABOGADOS., 2015)

2.4.6. Principio de Interés superior del niño

A) Otorgamiento de la Tenencia y el Interés Superior del niño

(CILLERO BRUÑOL) Nos explica que el interés superior del niño constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar tal interés como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, ya que en la medida que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. En tal sentido concordamos en que el interés superior es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor, y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño o adolescente.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derecho Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su principio 2 establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamentalmente a que se atenderá será el interés superior del niño. (AGUILAR, 2014)

En sentido similar, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

En este contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares. (AGUILAR, 2014)

El estado entonces, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces, orientadas a proteger a los niños contra cualquier clases de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea este proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

En el ámbito nacional, el principio del interés superior del niño lo encontramos plasmado normativamente en el Código de los Niños y Adolescentes. Así pues en el artículo IX del referido cuerpo legal establece que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Esto se concuerda con el principio constitucional plasmado en la primera parte del artículo 4 de nuestra Carta Magna que establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. (AGUILAR, 2014)

Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, podríamos considerar que el interés superior del niño se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4 de la Constitución. De ahí que, en virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Con respecto a la tenencia y el régimen de vistas en el mismo Código de los Niños y Adolescentes, se establecen referencias directas al Interés Superior del Niño. Así, dicho cuerpo normativo en el ya citado artículo 81 establece en su segunda parte, respecto de las resoluciones judiciales de tenencia que “De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente “. (AGUILAR, 2014)

En similar sentido, con respecto al régimen de visitas, el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes establece que: “el juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”. Asimismo, respecto de la extensión del régimen de visitas, el citado cuerpo legal establece en su artículo 90 que: “el régimen de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique”. (AGUILAR, 2014)

B) El Interés Superior del Niño en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Comité de los Derechos del Niño señala que el Interés Superior del Niño es uno de los principales rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo para Cillero Bruñol, citado por TORRES FLOR (2014) en su libro “*Derecho a la Identidad y Reproducción Asistida Heterologa*” señala que “el Principio del Interés Superior del Niño no es un tema nuevo debido a que su aparición no es nuevo en el derecho internacional teniendo en consideración que se ha hecho un uso extenso en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado”.

El movimiento en defensa de los niños se concretó con la adopción de la Carta de los Derechos del Niño por la Sociedad de Naciones en 1924, empezando desde ese momento a aparecer diversos documentos en los que la protección del niño se fue ampliando. Es por ello que en 1942, la Liga Internacional para la Educación Nueva creó en Londres la Carta de la Infancia, mediante la cual pretendía salvaguardar a los niños de las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial; sin embargo no tuvo trascendencia internacional.

En el año 1959, se aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, en la cual incide que pese a que a todo ser humano le son reconocidos sus derechos, existe una debilidad propia de los niños, estableciendo que los mismos necesitan de una especial protección, tanto antes como después de su nacimiento, debiendo los Estados asumir medidas legales que garanticen su protección. Asimismo, en el año 1978 Polonia presentó, ante la Comisión de Derechos Humanos, un proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, el mismo que fue aprobado hasta noviembre de 1989.

La necesidad de proporcionar una atención especial, ha sido expresada de manera más clara en la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que tiene como último objetivo el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que le han sido reconocidos. Es por ello que tanto el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar la protección necesaria de los derechos del niño; requiriéndose una mayor participación por parte del Estado y la sociedad, respecto a que supla a la familia en la función protectora en aquellos casos en los que la familia no pueda proporcionarla.

El interés superior del niño se encuentra expresamente previsto en el artículo 3° inciso 1 de la Convención, el cual refiere: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Asimismo se deberá tener en cuenta que también fue referido en el segundo principio de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959⁴.

En conclusión la importancia de este principio radica en que permite asegurar la plena realización de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; en esta misma dirección la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado el carácter regulador del mismo, le cual se funda en la propia dignidad del ser humano, así como la exigencia de propiciar el desarrollo de estos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

C) El Interés Superior del Niño en el Ordenamiento Jurídico Nacional.

En 1990, el Estado peruano ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño; sin embargo ya en 1978, Perú había ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, al cual en su artículo 19° señala que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que en su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

En 1992 se promulgó el Código de los Niños y los Adolescentes que derogó al entonces vigente Código de Menores 1962; mediante el cual se incorporó en nuestra legislación los nuevos conceptos y directrices sustentados en la nueva doctrina de la protección integral, superando a la doctrina anterior de la situación irregular del menor.

La Constitución Política de 1993, consagra como política del Estado la protección del niño y del adolescente, así como la familia y el matrimonio como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. Asimismo el 21 de julio de 2000 el Congreso de la República, mediante Ley N°27337, aprobó el Nuevo Código de los Niños y los Adolescentes en el cual se consagra el principio del interés superior del niño en su artículo IX del Título Preliminar.

⁴ "El Niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se tenderá será el interés superior del niño"

2.5. Hipótesis

2.5.1. Hipótesis general

➤ La consecuencia legal entre los progenitores es la pérdida de tenencia de los hijos toda vez que existiría la vulneración del principio de interés superior del niño al hacerlos convivir con los progenitores agresores ocasionando un desequilibrio emocional en los niños.

2.5.2. Hipótesis específicas

➤ La relación se evidencia, debido a que la violencia familiar es preexistente toda vez que los padres se encuentran en estado permanente de conflicto, lo que traería como consecuencia la pérdida de la tenencia.

➤ La interpretación del artículo 81 se encuentra supeditada a la interpretación del interés superior del niño y a la discrecionalidad del juez, no teniendo en cuenta la existencia de ciertos parámetros que ayuden a su otorgamiento o pérdida

➤ El que los niños vivan en un ambiente de violencia familiar; afecta su desarrollo a corto, mediano o largo plazo además de las consecuencias físicas, emocionales, psicológicas y el hecho que sean víctimas de realización de actos de alienación parental que se originarían debido a la vivencia de los menores en este tipo de entorno.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. Enfoque y diseño.

➤ Enfoque.

Cuantitativa: dado que se busca analizar el grado en que se ven dañados los menores cómo consecuencia de la violencia familiar que existe entre progenitores, cómo afecta su desarrollo emocional, psíquico y social. Además de ello explicar los criterios que son tomados por los Jueces al momento de decidir quienes o que progenitor deberá poseer la tenencia de los niños, ello debido a que no se mencionan taxativamente aquellos criterios que debe tomar el Juez en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes.

➤ Diseño.

Es Cuantitativo - Explicativo, ya que se analizará y buscará recolectar información que permita desarrollar y analizar cómo y cuáles son las consecuencias que se producen en los menores debido a la violencia que ejercen entre sí los progenitores, para ello además se analizará jurisprudencia ello con el fin de lograr un mejor entendimiento de dicha problemática además de proporcionar información esencial.

3.2. Sujetos de la investigación.

➤ Los Jueces de los Juzgados Especializados en Familia.

3.3. Métodos y procedimientos.

➤ **Método Explicativo - Descriptivo:** a través del cual podremos familiarizarnos con la casuística que se ha venido desarrollando en el ámbito de la investigación y luego analizarla de manera detallada, toda la información y luego utilizando la síntesis y así obtener la información relevante, para luego sistematizarla.

3.4. Técnicas e instrumentos.

➤ **Técnica de la Encuesta:** que se realizará a jueces especializados de familia y a la población de la ciudad de Piura, a quienes se les encuestará de forma directa, haciendo uso de un formato previamente elaborado a fin de conocer en el primer caso su acuerdo o desacuerdo con lo regulado por el artículo 81 del Código de los Niños y adolescentes, respecto de los criterios que debe tener el Juez así cómo saber si la población vela por la protección de las víctimas, si son conocedores de casos de violencia familiar en que como consecuencia se produce un daño indirectamente hacia los menores.

3.5. Aspectos éticos

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION

Yo PAMELA KAROLINA SILUPU TEMOCHE identificado con CU/DNI -N° 72627732, en la condición de EGRESADO, de la Facultad de DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS y domiciliado CALLE SAPILLICA MZ. B3 LTE. 21 en Distrito 26 DE OCTUBRE Provincia DE PIURA Departamento de PIURA Celular 937020766 Email: pameee.23@hotmail.com

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N° 411, del código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.



Piura 04 de Setiembre del 2018


CU/DNI:

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales -RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD

CAPÍTULO IV: PROBANZA DE HIPOTESIS: ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1. PROBANZA JURIDICO SOCIAL Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

Para el presente trabajo de investigación se ha realizado una encuesta en los Juzgados Especializados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Piura a los operadores jurídicos (jueces), la cual consta de 04 preguntas muy sencillas sobre los temas de actos de violencia entre los progenitores y su relación con la tenencia; con la finalidad de recolectar datos reales del ambiente de violencia familiar al que se enfrentan los menores, el total de jueces encuestados es de 04, según se muestra en el siguiente cuadro:

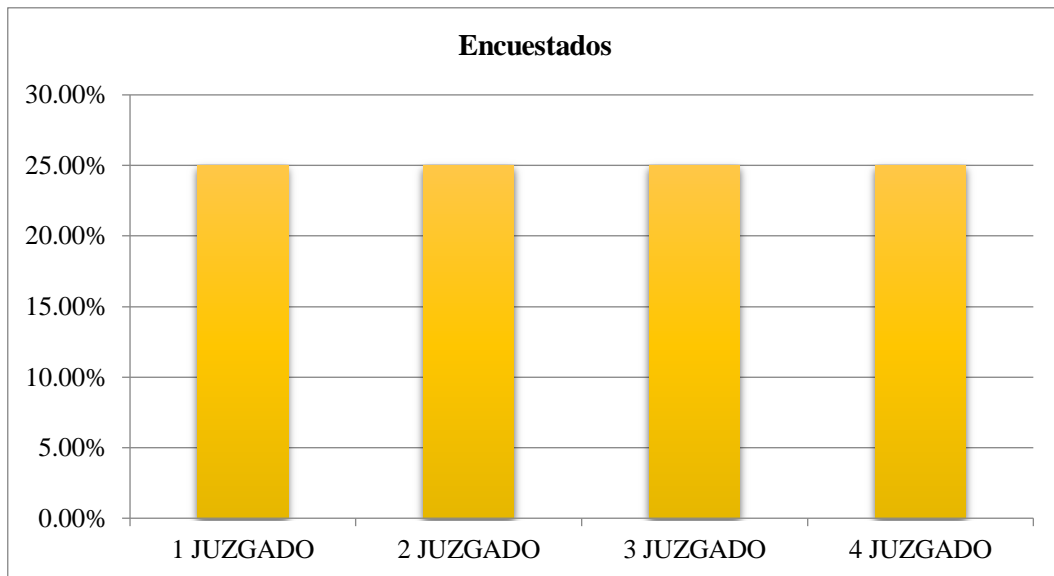
CUADRO N°01
Población Encuestada

| JUECES | ENCUESTADOS |
|--|--------------------|
| PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA: Dra. Dominga Esther Ocaña Huaman | 01 |
| SEGUNDO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA: Dra. Adala Eliasib More Huaman | 01 |
| TERCERO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA: Dra. Verónica Patricia Torres Villalba | 01 |
| CUARTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA: Dra. Jackeline Rosario Espinoza Ortiz | 01 |
| TOTAL | 04 |

Fuente encuesta realizada

FIGURA N° 03

Porcentaje de Población Encuestada



Interpretación:

En base a la encuesta realizada, se puede observar en el gráfico la cantidad de operadores jurídicos a quienes se les ha aplicado la encuesta y posteriormente se evidenciará las diferentes respuestas de acuerdo a las interrogantes que se les cuestionó. Basada en un 100% al ser 4 Jueces en el Gráfico representan un 25% cada operador Jurídico encuestado.

Ante la pregunta:

PRIMERO:

¿Cuáles considera usted que son las consecuencias legales de los actos de violencia familiar entre progenitores?

Ante la pregunta tanto las Jueza del primero, segundo, tercero y cuarto juzgado dieron como respuesta que las consecuencias legales de los actos de violencia entre los progenitores serían:

CUADRO N° 02

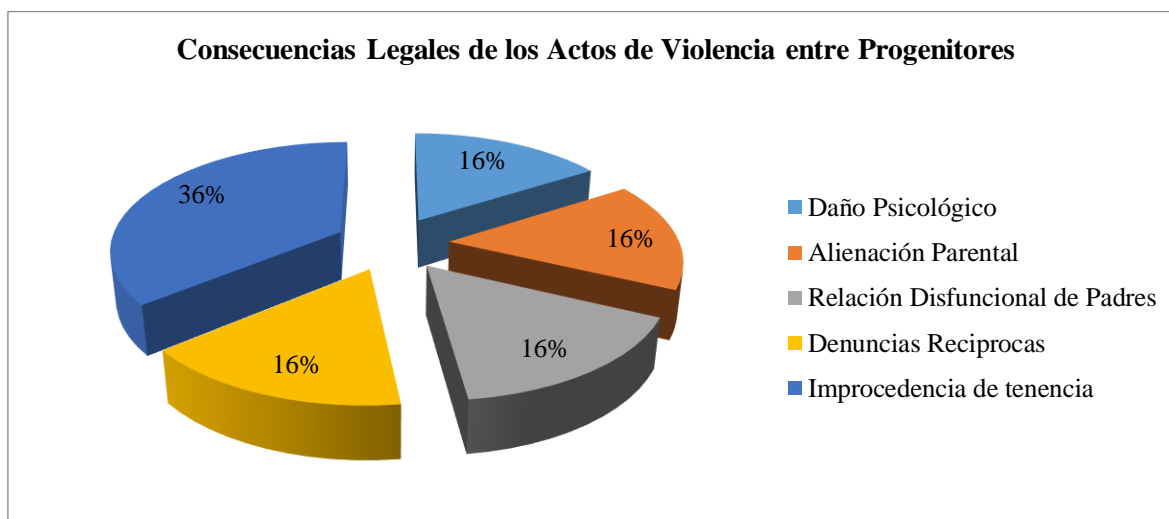
Consecuencias Legales de los Actos de Violencia entre Progenitores

| | |
|--|---|
| DAÑO PSICOLOGICO Y EMOCIONAL AL MENOR | Jueza del primer Juzgado especializado de Familia |
| ALIENACIÓN PARENTAL (SENTIMIENTOS NEGATIVOS HACIA UNO DE LOS PROGENITORES) | Jueza del tercero Juzgado especializado de Familia |
| RELACION DE LOS PADRES DISFUNCIONAL QUE GENERA INESTABILIDAD EMOCIONAL EN EL MENOR | Jueza del Cuarto Juzgado especializado de Familia |
| DENUNCIAS RECIPROCAS ENTRE AMBOS CONYUGES | Jueza del segundo Juzgado especializado de Familia |
| IMPROCEDENCIA DE TENENCIA COMPARTIDA | Jueza del primer, tercero y cuarto Juzgado especializado de Familia |

Fuente encuesta realizada

FIGURA N° 04

Porcentaje referente a las Consecuencias Legales de los Actos de Violencia entre Progenitores.



Interpretación:

La mayoría de los operadores Jurídicos *en un 36%* tanto la Jueza del primer, tercero y cuarto coincidió en que consecuencia legal de los actos de violencia entre progenitores sería la ***Improcedencia de la tenencia compartida***, además la jueza del primer Juzgado respondió como consecuencia ***daño psicológico y emocional al menor*** **16%**, la Jueza del segundo juzgado respondió ***denuncias recíprocas entre ambos cónyuges*** **16%**, mientras que la jueza del tercer Juzgado manifestó como consecuencia ***alienación parental (sentimientos negativos hacia uno de los progenitores)***

16%, y por último el juez del cuarto juzgado manifestó que una de las consecuencias sería ***relación de los padres disfuncional que genera inestabilidad emocional en el menor*** 16%.

Comentario:

➤ Análisis de la casación 2435-2016 uno de los puntos fundamentales a tratar y proteger es la violencia psicológica que se produce indirectamente a los menores por parte de sus progenitores debido a que se les inmiscuye a ambos menores en los conflictos que ellos tienen (discusiones, peleas por la tenencia de ambos menores, frente a ellos). Refiriéndose a que los menores son testigos de Violencia Intrafamiliar, se evidencia en que ambos progenitores en sus demandas narran conflictos que viven como padres siendo que muchos de estos actos violentos se dan delante de los menores lo que causa en ellos una inestabilidad emocional debido a que presencian constantemente hechos conflictivos entre los progenitores. Para probar este maltrato psicológico el juez se basa, toma como medio probatorios las pericias psicológicas a las que han sido sometidos los niños y la constante evaluación del equipo multidisciplinario a los progenitores a fin de corroborar algún cambio en el comportamiento de los progenitores.

Estos hechos el legislador los regula en el artículo 02 d la ley n° 26260 Ley de Protección Frente a la violencia Familiar; es decir que estos hechos que viven los integrantes de la familiar están regulados por el mencionado artículo por lo que se concluye que de acuerdo a lo regulado, los hechos son una forma de violencia familiar.

Artículo 2.-

A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre:

- a. Cónyuges*
- b. Convivientes*
- c. Ascendientes*
- d. Descendientes*
- e. Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad*
- f. Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.*

De la casación se resolvió que debido a la relación disfuncional que mantienen los progenitores; los niños son afectados por los constantes actos de violencia por ende las consecuencias se magnifican debido a que son ambos progenitores los que ocasionan estos actos de violencia por lo que resulta urgente la protección de los menores.

La violencia familiar en contra de los menores hijos de los demandados se vio corroborada con sus certificados de salud psicológica en los que se colige la existencia de “maltrato psicológico” o “maltrato emocional”, siendo la causa de ésta, como establece el psicólogo partir del relato de los menores en el examen correspondiente, la violencia intrafamiliar, en concreto la violencia entre sus progenitores.

Por otro lado también se analiza el tema de que al existir este tipo de conflictos se evidencia la existencia de una relación disfuncional entre ambos progenitores de lo que como consecuencia se obtendría una inestabilidad emocional del menor por vivenciar estos continuos conflictos entre sus padres sin embargo también se evidencian denuncias reciprocas entre ambos progenitores en el expediente 2073 -2014 demanda que interpone madre de los menores por violencia psicológica y la demanda que consta en el expediente 276-2015 interpuesta por el progenitor de los menores por actos

de violencia familiar hacia sus menores hijos. Además se presume que la madre realiza actos de alienación en uno de sus menores hijos debido a que el menor en una de su entrevista psicológica menciona frases negativas de su padre como por ejemplo “su papá Juan no quiere que vivan en la casa donde ellos vivían, eso no lo ha escuchado, solo le han contado” estos hechos que el menor narra generan en el menor sentimientos negativos hacia su padre,

Por ello se concluye que además de existir un enfrentamiento psicológico, discusiones, personal también existen desavenencias judiciales que afectan el desarrollo de sus menores hijos

➤ Sobre los actos de violencia la autora (AMATO, 2004) Señala que el maltrato psicológico, si bien la ley no define el maltrato psíquico, se entiende como tal a toda aquella acción que produce un daño mental o emocional en el niño, causándole perturbaciones de magnitud suficiente para afectar la dignidad, alterar su bienestar o incluso perjudicar su salud. Es una de las formas más sutiles pero también más extendidas del maltrato familiar³⁰ puesto que son mujeres y niños/as habitualmente ridiculizados, insultados, regañados o menospreciados, además son sometidos en forma permanente a presenciar actos de violencia física o verbal hacia otros miembros de la familia.

La Convención de los Derechos de los Niños de Naciones Unidas²⁸ define el maltrato infantil como: “toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquiera otra persona o institución que lo tenga a su cargo”.⁵

(GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, 2013) Siendo esto así, la violencia familiar que se ejerce contra el menor puede ser practicada tanto por su progenitor como por la pareja actual de la madre. De darse el primer caso, se ve que entre el agresor y la víctima hay un vínculo de filiación. La filiación constituye un hecho natural y jurídico. Como hecho natural, la filiación siempre existe, pues es consecuencia de la procreación, pero para que sea un hecho jurídico, ésta debe ser determinada. Determinado el vínculo filial, se genera el estado civil de filiación; es decir la situación jurídica o posición que una persona ocupa dentro de la familia en calidad de hijo. Surge, así, una relación jurídica entre el padre y el hijo que lleva consigo un entramado de derechos y deberes. De darse el segundo caso, si bien no es el padre biológico quien ejerce violencia sobre el menor, sí lo hace la figura paterna que posee en ese momento (al ser pareja de su madre), por lo que de igual forma, se constituye el hecho como una violencia doméstica.

➤ Análisis de la casación 3767-2015 Se desprende del análisis que la tenencia compartida presupone la separación de hecho de los padres del menor, se hace necesario para concederla que entre estos exista o sea probable una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que sólo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar. Si dicha colaboración no es posible por la conducta negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres.

En esta jurisprudencia se opta por criterio del juez, salvaguardando el interés superior del niño y por ende el bienestar del menor, otorga la tenencia a la madre del menor debido a que se encontraba en mejores condiciones de estar con el menor debido a que el padre no se encontraba emocional y psicológicamente apto además de que se evidenciaron indicios de actos de alienación hacia el menor, en contra de su madre; por ello el juez opta por otorgar la tenencia a la madre debido a que ambos progenitores no se ponían de acuerdo respecto a la tenencia y no se pudo dar una tenencia compartida

⁵ Artículo 19 de la Convención de Derechos del niño

debido a que no existe un ambiente de armonía entre ambos progenitores. El juez supedito la variación de la tenencia a las evaluaciones constantes que realice el equipo multidisciplinario a ambos progenitores de acuerdo a sus avances se podrá dar la variación de la tenencia. Por el momento se fijo régimen de visita para el padre y la tenencia la tendrá la madre del menor todo ello con el fin de favorecer y contribuir a un mejor desarrollo del menor.

SEGUNDO:

Ante la pregunta: ¿Qué relación existe entre el derecho de tenencia y la violencia Familiar?

Los Jueces a quienes se le aplicó la encuesta optaron por establecer conjuntamente que la relación que existe sería una relación de Antecedente y consecuente el mismo que detallaron de la siguiente manera:

- **Antecedente:** La ruptura de la relación se origina en la preexistencia de Violencia Familiar, Los padres ejercen violencia familiar involuntaria contra el hijo al hacerlo partícipe del conflicto de pareja.
- **Consecuencia:** El estado de conflicto de los padres, puede ser generador de violencia familiar lo que genera en tiempo real la pérdida de tenencia.

Comentario:

- Sobre el derecho de tenencia podemos afirmar (AGUILAR LLANOS, BERMUDEZ TAPIA, VASQUEZ PEREZ, & OTROS., 2013) Es un instituto propio del Derecho de Familia se deriva de la patria potestad – siendo dicha institución un derecho y un deber que acarrea el cuidado de los hijos y sus bienes- tal instituto tiene como atributos el ejercicio de la tenencia, el régimen de visitas, los alimentos, entre otros. En tal sentido, dada la ruptura del vínculo matrimonial, los padres siguen ostentando la patria potestad – siempre y cuando no incurran en los supuestos de ley, que hacen que se extinga o suspenda la patria potestad- pudiéndose establecer judicialmente la tenencia y régimen de visitas para con los menores, a efectos de los lazos filiales con los menores se mantengan incólumes, brindándoles estabilidad emocional, buscando finalmente que la ruptura de la pareja no trascienda a la ruptura de la relación de a relación madre/padre-hijo.
- (GARCIA PACHAS, 2015) Sobre la violencia familiar que afecta directamente a la mujer y a la niñez, siempre estuvo presente pero invisible, todos los actos de violencia familiar quedaban en ese ámbito y nunca se hacía público. Esta violencia familiar está íntimamente vinculada a normas y patrones socioculturales y en una cultura patriarcal que subordina y discrimina a la mujer, estando presentes en determinadas familias, el “machismo” que impone su voluntad en muchos casos sin mayor consideración ni sentido común en evidente perjuicio de la mujer que es discriminada no sólo en el hogar, sino también en el ámbito laboral, social y cultural; a pesar de ello, existe una verdadera reivindicación y protagonismo de la mujer que por propios méritos ha logrado progresos en su vida personal, familiar, profesional y social.

Cabe resaltar que no sólo existe la violencia contra la mujer, sino que también existe la violencia contra el varón y contra los niños (Doméstica, 2003). Algunos investigadores consideran que la violencia contra el hombre es un problema social serio, porque aunque se haya prestado mayor atención a la violencia que se ejerce contra las mujeres, sería posible argumentar que la violencia contra los hombres en varios contextos es un problema social sustancial digno de atención; sin embargo, éste sería un tabú social y un fenómeno distinto a la violencia contra las mujeres y debe

analizarse como tal, debido a que su naturaleza, causas y consecuencias serían distintas, así como los espacios en que se manifiesta.

La violencia familiar no sólo afecta a los miembros que son víctimas directas de ella, sino también a aquellos que son testigos de dichos actos violentos. Por ejemplo: la violencia que se da sólo entre un padre y una madre afecta también a los hijos, ya que les lesionan de una manera indirecta su autoestima, la confianza que podrían generar en los demás y además el futuro que les queda por forjar, creándoles con estos actos violentos de los que son testigos, problemas psicológicos. (GARCIA PACHAS, 2015).

- (CHAVEZ ASCENCIO, 2002) Señala que con frecuencia los niños que sufren maltrato o vienen de hogares violentos presentan un bajo rendimiento escolar y problemas de conducta. Además se tiende, a que estos niños aprendan estos actos violentos y los vean en un futuro con sus familias respectivas como “normales”. Está probado que aquellos niños y niñas que vienen de hogares con problemas de violencia reproducirán estos mismos actos violentos que vieron de sus padres cuando formen sus propios hogares.
- Análisis de la casación 3767-2015 en esta jurisprudencia se obtiene que debido a los hechos sucedidos existe una relación disfuncional, de constantes conflictos familiares de los cuáles son testigos los hijos de la pareja por lo que se concluye que existe primero hechos de violencia Familiar lo que genera la perdida de la tenencia de uno de los progenitores de los menores para que se le otorgue temporalmente al progenitor que se encuentra en mejor situación psicológica y emocional para que cumpla con el cuidado del menor.
- De lo analizado anteriormente se determina que la relación existente entre el derecho de tenencia y la violencia Familiar es de Antecedente y consecuencia, dado que como señala la doctrina y las jurisprudencias en análisis y además lo recaudado en el instrumento de Encuesta se obtiene como resultado que primero preexiste una relación en la que existen actos de violencia familia; en modo de discusiones, violencia física o psicológica entre agresor y víctima lo que impide convivir en un ambiente de armonía tanto a los progenitores en este caso como a los menores, estos conflictos que existen entre padre y madre afectan directamente a cada uno de ellos así como también a los menores provocando problemas de autoestima, emocionales, presentan un bajo rendimiento escolar, problemas de conductas y además que los niños repitan este patrón de violencia en su proceso evolutivo. De todo ello una de las consecuencias es que el juzgador opte por dar la tenencia del menor a un solo progenitor que es el que se encuentra en mejor situación para propiciar el cuidado, bienestar y un ambiente armonioso para el menor siendo que al otro progenitor se le establecería un régimen de visitas a fin de que el o los menores no pierdan el vínculo filial con el progenitor que no posee la tenencia y logre un desarrollo saludable tanto psíquico, emocional y físico del menor.

TERCERO:

Ante la pregunta: ¿Qué criterios considera que deberían tomarse en cuenta para otorgar la tenencia del niño y/o adolescente?

- a) La opinión del adolescente y del menor capaz de discernir, como carácter decisorio, más no referencial.
- b) Otorgarla al progenitor que se encuentre apto tanto en la esfera patrimonial, psíquica, física y emocional para satisfacer las necesidades del menor, no teniendo en cuenta el factor convivencia. Efectuándose la tenencia al progenitor que se le otorgó de forma gradual para evitar afectar al menor.
- c) Tenencia compartida se daría 50% y 50% para ambos progenitores, que ambos el derecho de ambos padres, a tomar decisiones, y distribuir equitativamente según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes de ambos frente a sus hijos.
- d) El interés superior del niño debe ser preferido por los jueces, sobre los demás derechos de los padres y de la familia

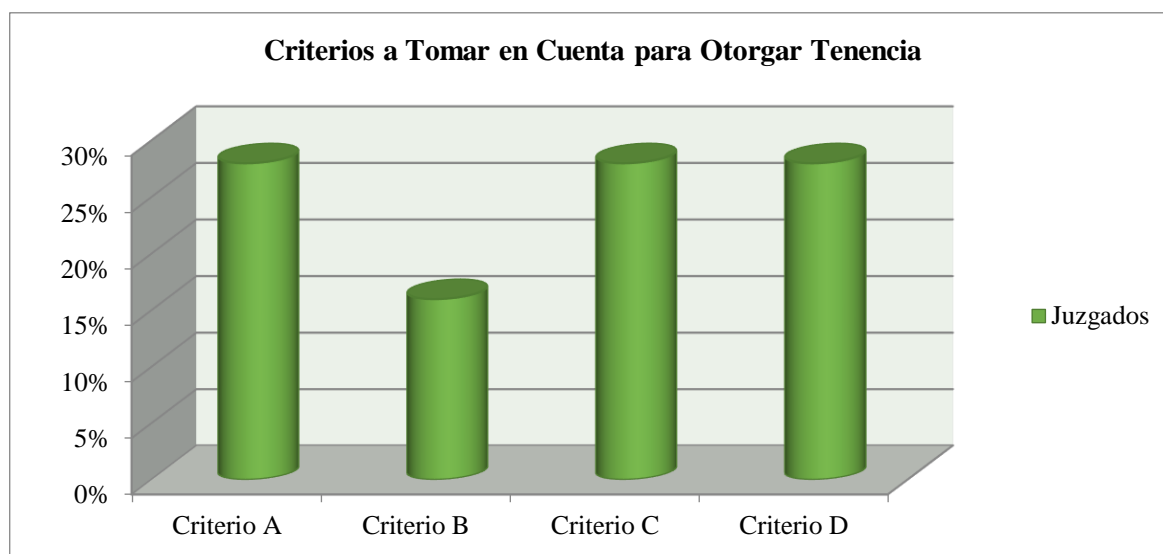
CUADRO N° 03

CRITERIOS PARA OTORGAR LA TENENCIA DEL MENOR.

| | |
|-------------------------|--|
| Criterios “a”, “d” | Jueza del primer Juzgado especializado de Familia |
| Criterio “b”, “c” y “d” | Jueza del segundo Juzgado especializado de Familia |
| Criterio “a”, “b” y “c” | Jueza del tercer Juzgado especializado de Familia |
| Criterio “a”, “c” y “d” | Jueza del Cuarto Juzgado especializado de Familia |

FIGURA N° 05

Porcentajes de los Criterios a Tomar en Cuenta para Otorgar TGenencia.



Fuente Encuesta Realizada

Interpretación

En base a la encuesta realizada, se puede observar en el gráfico la cantidad de operadores jurídicos a quienes se les ha aplicado la encuesta y posteriormente se evidenciará las respuestas de acuerdo a las alternativas que consideran que son criterios que e deben tomar en cuenta un **28%** de los operadores Jurídicos de los 4 Juzgados optó por considerar el criterio “a” el que señala *La opinión del adolescente y del menor capaz de discernir, como carácter decisorio, más no referencial*. Así como también el **16%** consideró criterio “b” que señala *Otorgarla al progenitor que se encuentre apto tanto en la esfera patrimonial, psíquica, física y emocional para satisfacer las necesidades del menor, no teniendo en cuenta el factor convivencia. Efectuándose la tenencia al progenitor que se le otorgó de forma gradual para evitar afectar al menor mientras que tanto el criterio “c” y “d” son considerados importantes, en el gráfico se obtuvo un 28% cada uno respectivamente; el criterio “c” señala Tenencia compartida se daría 50% y 50% para ambos progenitores, que ambos el derecho de ambos padres, a tomar decisiones, y distribuir equitativamente según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes de ambos frente a sus hijos. Por su parte el criterio “d” señala El interés superior del niño debe ser preferido por los jueces, sobre los demás derechos de los padres y de la familia.*

Comentario:

➤ (AGUILAR LLANOS) El Código de los Niños y Adolescentes regula en el Capítulo 11 del Título 1 del Libro Tercero todo lo concerniente a la tenencia de los hijos respecto de los padres desavenidos que ya no viven juntos, así el artículo 81, que como ya lo hemos dejado establecido ha sido modificado por la Ley 29269 para incorporar el concepto de la tenencia compartida en casos de padres desavenidos que ya no viven juntos, pues bien, este artículo se pone en el caso de los padres que están separados de hecho, entonces la tenencia se determinará de común acuerdo entre ellos tomando el parecer del hijo y de no existir acuerdo, que es lo más corriente, entonces el juez decidirá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable.
- b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre y
- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En puridad sólo son dos los criterios o elementos de juicio proporcionados al conciliador o juez para resolver estos casos, pues el inciso e del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes está referido a conceder el derecho que se conoce como régimen de visitas, y que funciona sólo en casos de que la tenencia de los hijos no esté siendo ejercida por ambos padres, sino que este derecho se ha conferido a favor de uno solo de ellos.

Conviene analizar cada uno de estos criterios para otorgar la tenencia. En primer lugar, el legislador apela al acuerdo a que arriben los padres, acuerdo que si no viene como fórmula conciliatoria seguida ante un centro de conciliación, no tendría fuerza ejecutiva, pero si este consenso se da a través de un centro de conciliación entonces, si tiene fuerza de sentencia, pues como es sabido, los acuerdos conciliatorios se homologan a las sentencias judiciales. Puede ocurrir que no haya acuerdo, o existiendo éste, pero no como producto de una conciliación, entonces el padre o madre se niegue a cumplirlo, derivando el problema a la vía conciliatoria, y si aquí tampoco hay acuerdo, estaremos entonces en la vía judicial a fin de que el juez de familia resuelva a quien concede la tenencia, la misma que con la modificación reciente de la Ley 29269 puede ser incluso una tenencia compartida, tema éste del cual nos ocuparemos más adelante.

En consecuencia, si no ha habido arreglo personal sobre la tenencia, o habiéndolo, es incumplido, o existiendo acuerdo conciliatorio y si éste es incumplido, el interesado, padre o madre puede demandar la ejecución del acuerdo tal como lo prevé la ley 27398. En el acuerdo extrajudicial o por la vía de la conciliación necesariamente deberá tomarse el parecer del hijo, si es que éste estuviera en condiciones de manifestar su opinión.

Si el caso ha llegado al juez de familia para que dilucide tal situación, dice el artículo 84 bajo comentario, que el primer criterio a considerar será la convivencia precedente con el niño o adolescente, significando ello que antes de plantearse la demanda de tenencia deberá considerarse quien estuvo viviendo con el infante, pues una decisión judicial que implique que el hijo deje de vivir con el padre o madre con quien estuvo haciéndolo puede ser traumatizante para él y perjudicial para sus propios intereses. Por lo tanto, la tenencia precedente al juicio es un elemento a considerar, pero no el único.

Resulta importante esta convivencia precedente, sobre todo en el plano psicológico, pues existe un elemento de arraigo del menor respecto del padre o madre con quien estuvo viviendo, debiendo ser parte de lo que deba contemplarse en este elemento, la comodidad del menor, el ambiente en que ha

vivido, sus relaciones personales con otros infantes, la cercanía del colegio en que estudia y demás, llevan a considerar que efectivamente el elemento de la convivencia precedente sea un elemento a considerar, pues de lo contrario, se produciría una fractura no sólo física sino emocional en el menor si tuviera que dejar a la madre con quien estuvo viviendo para ir a vivir con el padre, por ello si ese fuere el parecer del magistrado que tenga que resolver el tema otorgando tenencia a aquel padre o madre que no estuvo conviviendo con el menor, sería prudente que esta decisión sea ejecutada gradualmente. (AGUILAR LLANOS)

➤ Los Tribunales Argentinos, que están conociendo asuntos de tenencia compartida, y que nos parecen prudentes como elementos a tomar en cuenta por nuestros juzgadores, sobre todo cuando la tenencia compartida resulta siendo una novedad, y un concepto que hay que llenar. En este contexto, diremos que el juez debe tener muy en cuenta el derecho de ambos padres, a tomar decisiones, y distribuir equitativamente según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes de ambos frente a sus hijos; el interés superior del niño debe ser preferido por los jueces, sobre los demás derechos de los padres y de la familia, al momento de decidir los conflictos que impliquen la tenencia de menores; que el ejercicio, del derecho deber de cada uno de los padres no puede vulnerar idéntico derecho del otro progenitor a fin de asegurar que cada uno pueda participar con la misma amplitud, en la crianza, formación, protección y educación del niño para que el menor sea el beneficiario de lo mejor de cada uno de ellos; que la tenencia compartida viene a enervar la clásica figura prescriptiva que recae en quien convive cotidianamente con el menor, y la figura recreativa que representa quien visita al hijo que convive con el otro progenitor; tener en cuenta que si bien la opinión del menor no es vinculante, pero que por su edad, su visión de los hechos, indicaciones y deseos, puede ser un referente importante para el juez; tener en cuenta una suerte de orden público familiar, que rige ante la insuperable dificultad de los cónyuges para proveer per se, las soluciones más convenientes a sus hijos; que la tenencia importa no sólo retener al hijo, sino también el ejercicio de las principales manifestaciones que forzosamente derivan de esa especie de gobierno de la persona y de los bienes del menor, a lo que se añade la influencia preponderante y directa del guardador sobre su conformación espiritual; tenencia compartida implica, entre otras cosas, el ejercicio conjunto de la patria potestad, reconociendo a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades, y características personales, responsabilidades y deberes; que el niño tiene el derecho para comunicarse con sus padres en cualquier situación, cuidando de no haber interferencia en ello; y sobre todo, debe verse la tenencia compartida como un derecho de los niños, antes que un derecho de los padres.

➤ Estados Unidos de Norteamérica, en donde ya se encuentra en práctica ello, no teniendo mayores complicaciones, pues la situación de los padres que viven separados no difiere mucho uno del otro, en cuanto a ofrecer comodidades al menor, cuando tenga que desplazarse de la casa de uno de los padres para ir al otro hogar, este hecho evidentemente no será fácil de atender en nuestro país, en donde uno de los padres, generalmente el padre, pueda ofrecerle al menor ciertas comodidades (tener cuarto propio, con muebles, equipos de juego, mejor alimentación, tiempos de recreación). que el que pueda ofrecer la madre, que no goza de los recursos necesarios para ello, esto podría ser contraproducente pues terminaría inclinando la balanza a favor del padre o madre con mayores recursos que el otro; por ello reiterando el concepto ya fijado, estos elementos que se ofrecen debe ser un inicio para llegar a fijar lo que objetivamente pueda representar una tenencia compartida, y en este caso los administradores de justicia tienen un rol importante que cumplir, pues con sus fallos, nos van indicando cual es el camino para mejor entender esta nueva institución introducida en la legislación del niño y adolescente, llamada tenencia compartida. (AGUILAR LLANOS)

CONCLUSIONES

- Las consecuencias que se presentan en los menores que viven en un ambiente de violencia familiar, de acuerdo a los datos recopilados en el instrumento de investigación y a la jurisprudencia y doctrina analizada son Daño psicológico y emocional en el niño o adolescente; alienación parental; que debido a la relación disfuncional que tienen los padres genera inestabilidad emocional en el menor; se genera la existencia de denuncias recíprocas entre los cónyuges y por último una de las consecuencias es la improcedencia de la tenencia compartida, debido al ambiente de conflicto que los rodea.
- Los menores que los rodean situaciones de violencia familiar tienden a ser inestables emocionalmente, presentar bajo rendimiento escolar, actitudes violentas y al ser evaluados por psicólogos especialistas presentan un daño emocional, por ello es que se busca proteger al menor de ser violentado de forma psicológica. Por ello se concluye que además de existir un enfrentamiento psicológico, discusiones, personal también existen desavenencias judiciales que afectan el desarrollo de sus menores hijos.
- La violencia familiar que se ejerce contra el menor puede ser practicada tanto por su progenitor como por la pareja actual de la madre. De darse el primer caso, se ve que entre el agresor y la víctima hay un vínculo de filiación. La filiación constituye un hecho natural y jurídico. Como hecho natural, la filiación siempre existe, pues es consecuencia de la procreación, pero para que sea un hecho jurídico, ésta debe ser determinada.
- La tenencia compartida presupone la separación de hecho de los padres del menor, se hace necesario para concederla que entre estos exista o sea probable una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que sólo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar. Si dicha colaboración no es posible por la conducta negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres.
- El juez supedita la variación de la tenencia a las evaluaciones constantes que realice el equipo multidisciplinario a ambos progenitores de acuerdo a sus avances se podrá dar la variación de la tenencia. Por el momento se fija régimen de visita para el progenitor que no obtenga la tenencia y al otro progenitor se le otorga la tenencia con el fin de favorecer y contribuir a un mejor desarrollo del menor.

RECOMENDACIONES

- La decisión que tome el operador jurídico debe tener como único fin proteger la integridad física y psicológica del menor, teniendo en cuenta la voluntad del menor de decidir con que progenitor convivir, pero no solo oír al menor sino que lo que exprese tenga más trascendencia, ello contando previamente con evaluación psicológica para determinar si se encuentra apto para tomar decisiones sin que se encuentre manipulado de alguna u otra forma por alguno de los padres (alienado).

Es ahí donde **el equipo multidisciplinario** tiene que tallar en brindar constante atención al status psicológico en que se encuentran los progenitores lo que permitirá mantener informado al operador jurídico de la situación real que viven y de la evolución que tengan, dado que en caso de lograr un radical cambio en el comportamiento de los progenitores, se logre una variación de la tenencia, donde sean ambos progenitores quienes posean la tenencia y en todo momento respondan los dos por cualquier perjuicio que pudiera ser ocasionado al menor y de tal modo se mantenga una unión del niño o adolescente con ambos progenitores. El equipo multidisciplinario en la praxis se puede observar que no cumple de forma eficaz su función por lo que debería tener un actuar más activo en este tipo de procesos, el cuál debe estar formado por profesionales que estén realmente capacitados para las situaciones que se presentan constantemente en este tipo de procesos, que se cuente con psicólogos, abogados capacitados en el tema.

- Cuando se logre comprobar que existe un ambiente de armonía y los progenitores puedan ejercer tenencia compartida; debería seguir por un lapso determinado en evaluación, seguimiento conjuntamente por equipo multidisciplinario para que se eviten posibles desavenencias judiciales y/o casos de alienación parental en el tiempo que el menor pasa de estar con su padre, a convivir con la madre. Además que ambos ejercerán derechos sobre el menor, siempre buscando su bienestar y asumiendo ambas responsabilidades sobre el menor para todo lo concerniente a él. Un ejemplo en el caso de los permisos de viaje del menor cuando son al interior del país basta con la autorización de uno de los progenitores, sin embargo para el caso de viajes al exterior se necesita la autorización de ambos padres, pero cuestiono por qué no al igual que los viajes al interior basta con el permiso de uno de los progenitores, siempre y cuando las circunstancias aconsejen ello, y no exista el riesgo de que tal viaje sea aprovechado por el padre o madre para quedarse en exclusividad con el hijo, en perjuicio del otro padre o madre. Actualmente en este año se ha dado la modificatoria del artículo 112-A a la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes, referido a la autorización especial de viaje de menores que manifiesta respecto al permiso de viaje que no sería tomado en cuenta cuando el progenitor tenga deuda alimentaria. En la realidad se da que por motivos de viaje se inician conflictos entre los progenitores, siendo que de alguna u otra forma al no conceder dicho permiso se estaría ejerciendo un tipo de limitación de derechos del menor. Por lo que estoy de acuerdo con la modificatoria sin embargo entra en contradicción con otros artículos de niño y adolescente que dan derecho al progenitor sobre el menor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- *CORPORACION PERUANA DE ABOGADOS*. (12 de 03 de 2015). Recuperado el 07 de 11 de 2018, de <http://www.divorciosporinternet.com/pension-alimenticia-peru/>
- AGUILAR, V. (2014). *PATRIA POTESTAD, TENENCIA Y ALIMENTOS*. LIMA: IMPRENTA EDITORIAL EL BUHO E.I.R.L.
- ALTAMIRANO VERA, M. D. (2014). *EL MARCO SIMBÓLICO DE LA LEY DE VIOLENCIA-Tesis de Maestria, Universidad Nacional de Trujillo*. Trujillo.
- AMES, R. (1986). *Familia y Violencia en el Perú de Hoy*. Lima: Comité Peruano de Bienestar.
- ASHLEY, M. Y. (1986). *PROBLEMAS SOCIALES*. ESPAÑA.
- AYVAR ROLDAN, C. (s.f.). *Violencia Familiar interes de Todos: doctrina, jurisprudencia, legislacion*. 2007: Adrus.
- BELEN JIMENEZ, A. (2005). *Modelos y Realidades de la Familia Actual*. Fundamentos.
- BERMUDEZ TAPIA, M. (2008). *El síndrome de alienación parental como elemento valorativo de violencia familiar psicológica*.
- BERMUDEZ TAPIA, M. (2009). *Divorcio y Separación de Cuerpos*. Lima: Grijley.
- BERMUDEZ TAPIA, M. (2012). *Derecho Procesal de Familia*. Lima: San Marcos E.I.R.L.
- BERMUDEZ TAPIA, M. (2012). *DERECHO PROCESAL DE FAMILIA*. LIMA: San Marcos de Anibal Jesus Paredes Galvan.
- BOUCHE PERIS, H., & otros. (2006). *Medición y orientación familiar, consideraciones generales necesarias para el abordaje de la atención familiar*. Madrid.
- CAMPOSS MUÑOS, M., & PEREZ TABIA, Y. (2010). *Maltrato infantil intrafamiliar en niños*. Cuba.
- CASTELLÓ BLASCO, J. (2007). *Dependencia emocional: características y tratamiento*. Madrid: Alianza.
- CHANG TOLEDO, J. (07 de julio de 2015). *derecho y actualidad*. Recuperado el 30 de 10 de 2018, de <http://derecho-actualidad.blogspot.com/2015/07/union-de-hecho-concubinato-propio-e.html>
- CHUNGA LA MONJA, F. (2001). *DERECHO DE MENORES*.
- CILLERO BRUÑOL, M. (s.f.). *"El interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño"*. Obtenido de <<http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/texto%208.pdf>>
- CLEMEN, S. (2000). *Introducción al Estudio de la Pareja Humana- Facultad de Ciencias Sociales*. Chile: Universidad Católica de Chile, Escuela de Psicología.
- Comercio, E. (s.f.). *Diario El Comercio*. Obtenido de <http://elcomercio.pe/lima/1340027/noticia-inforgrafia-mitad-homicidios-familia-padres-hijos>

- Convencion sobre los Derechos del Niño, U. (2015). *UNICEF*. Obtenido de UNICEF: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.->
- CORANTE MORALES, V., & GARMA, N. (2004). *Violencia Familiar*. Lima: libreria y ediciones juridicas.
- CORDOVA RETO, E. (2016). *EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO LIMITE A LA PATRIA POTESTAD EN EL EJERCICIO DE LA OBJECION DE CONCIENCIA A LOS TRATAMIENTOS MEDICOS EN EL PERU-FACULTAD DE DERECHO-UNIVERSIDAD DE PIURA, PARA OBTAR TITULO DE ABOGADO*. PIURA.
- CORNEJO CHAVEZ, H. (1999). *Derecho de Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Juridica, Decima edicion.
- CORNEJO CHAVEZ, H. (s.f.). *Derecho de Familia*. Decima edicion actualizada, Gaceta Juridica.
- CORSI, J. (1994). *Violencia familia, Una mirada interdisciplinaria sobre el Grave Problema Social*. Buenos Aires: Paidós.
- DIAZ HUERTAS, J., & OTROS. (2002). *Atencion de enfermeria al maltrato infantil*. Madrid: Instituto madrileño del menor y la familia.
- ECHEVARRIA GUEVARA, K. L. (2011-2012). *LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS*. UNIVERSIDAD DE GRANADA , GRANADA . ESPAÑA: EDITOR DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA.
- ECHEVARRIA, J. (2006). Entrevista; la Conversa con Javier Echevarria. (R. CPN, Entrevistador)
- ENGELS, F. (1884). *EL ORIGEN DE LA FAMILIA, LA PROPIEDAD Y EL ESTADO*. HOTTINGEN- ZURICH: PROGRESO- MOSCU.
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (2014). *ESTUDIOS CRITICOS SOBRE EL CODIGO CIVIL*. LIMA: GACETA JURIDICA S.A.
- GARCIA GONZALO, D. (2017). *EL SINDROME DE ALINEACION PARENTAL EN LOS PROCESOS JUDICIALES POR TENENCIA A RAZON DE LA CASACION N° 2067-2010 EN EL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCABELICA*. TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL, ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIA POLITICAS , HUANCABELICA , HUANCABELICA.
- GREER, G. (2000). *La Mujer Completa*. Barcelona.
- GUERRERO, E. (2002). *Informe sobre Violencia contra las Mujeres en America Latina y el Caribe con el fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer(UNICEF)*.
- HERRERA, J. (2000). *Aspectos Gerenciales de la Agresion*. México: Limusa.
- HURTADO VALERO, P. (2007). *El hombre Insustancial*. Madrid: Vision net.
- IHM, V. F. (s.f.). *IHM*. Obtenido de <http://mujer.hidalgo.gob.mx>
- INEI. (2010). *Perú: tipos y ciclos de vida de los hogares, 2007*. LIMA.
- JUNCO SUPA, J. E. (2014). *ANÁLISIS PSICOSOCIAL DEL MALTRATO INFANTIL. PSYCHOSOCIAL ANALYSIS OF CHILD ABUSE*, 180.
- LANDA ARROYO, C. (2000). *Dignidad de la Persona Humana. IUS ET VERITAS*.

- LEY, 2. (2008). *Ley que modifica el texto único Ordenado de la ley de protección Frente a la Violencia Familiar, Ley N°26260, y el Código Penal.*
- LISSARRGUE NOVO, S. (1998). *BOSQUEJO DE LA TEORIA SOCIAL.* MADRIS : TECNOS.
- LOPEZ REVILLA, V. P. (2016). *Elementos Intervinientes en el Procedimiento de Tenencia de los Hijos en los Juzgados de Familia de Lima: Principio de Interes Superior del Niño.* Huanuco: Universidad de Huanuco, tesis para Obeter titulo, Facultad de Derecho.
- LOPEZ REVILLA, V. P. (2016). *Elementos Intervinientes en el Procedimiento de Tenencia de los Hijos en los Juzgados de Familia de Lima: Principio de Interes Superior del Niño.* Huanuco: Universidad de Huanuco, tesis para Obtener titulo, Facultad de Derecho.
- LOPEZ REVILLA, V. P. (2016). *ELEMENTOS INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO DE TENENCIA EN LOS JUZGADO DE FAMILIA DE LIMA - INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.* TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL , UNIVERSIDAD DE HUANOUCO , HUANOUCO.
- MACHICADO, J. (2017). *Apuntes Juridicos.* Recuperado el 30 de octubre de 2018, de <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/02/el-matrimonio.html>
- MAZETTI SOLER, D. C. (s.f.). *Maltrato infantil y Violencia Familiar*(ftp://ftp2.minsa.gob.pe/descargas/dgps/compendio/pdf/056.pdf). LIMA: universidad Nacional Cayetano Heredia.
- MCWAY, D. (2010). *Legal and ethical aspects of health information management.* New York: Delmar.
- MECA QUEREVALU, M., & TEMOCHE QUEZADA, G. (2015). *El debido proceso en la Filiación Judicial de Paternidad Extrmatrimonial frente al Derecho de Identidad.* Tesis de Maestria , Universidad Nacional de Piura, Piura.
- MONTOYA CHAVEZ, V. H. (2007). *DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.* LIMA: EDITORA JURIDICA GRILEY E.I.R.L.
- ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD, O. (2002). *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud(Traduccion).* Washington: Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen. Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud,.
- PEREIRA, A. (2005). *El Síndrome de Estocolmo.* Madrid: Alianza.
- PLACIDO V, A. f. (2015). *MANUEL DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.* LIMA: PACIFICO EDITORES.
- POLAINO, L., & OTROS. (2003). *Fundamentos de psicología de la personalidad.* Madrid: Rialp.
- RAMOS, M., & TRISTAN, F. (s.f.). *Manual sobre Violencia Familiar y sexual.*
- REBAZA MARTELL ALEJANDRO, CRUZ SANDOVAL GONZALO, MALDONADO PEREZ JENNIFER. (2016). *DEFINICIONES JURIDICAS.* 39- 652.
- REBAZA MARTELL, Alejandro; CRUZ SANDOVAL, Gonzalo y MALDONADO PEREZ, Jennifer. (2016). *DEFINICIONES JURIDICAS.* LIMA: FFECAAT.
- RIVAS, J. Y. (2004). *comportamiento del consumidor: decisiones y estrategias de marketing.* Madrid: ESIC.

- RUBIO CORREA, M. (2000). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU.
- RUIZ PEREDA, Dennis & VIZCONDE CIPRIANO, Harish. (2016). *Derecho a la Identidad como objeto de Protección de la Ley N°28457 que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial*. Tesis para optar por título de abogado, UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS, Trujillo.
- RUZA TARRIO, F. (2003). *Tratado de cuidados intensivos pediátricos*.
- SALAS ALFARO, A. (1994). *Problemática Sociojurídica del Divorcio*. Universitaria P.
- SALUD, O. P. (2002). *INFORME MUNDIAL SOBRE LA VIOLENCIA Y LA SALUD*.
- SAUSA, M. (06 de 01 de 2018). *PERU 21*. Recuperado el 02 de 11 de 2018, de <https://peru21.pe/peru/maltrato-infantil-peru-crece-2017-hubo-21-600-casos-violencia-390914>
- SMALLY, G. Y. (2006). *EL ADN de las relaciones para parejas*. Tyndale House Publishers.
- THOMAS, F. (2006). *Nuevos caminos y conceptos en la psicología jurídica*. Berlin.
- TRAVERSO, M. (2000). *Violencia en la pareja, la cara oculta de la relación*. Washington.
- UNICEF. (2006). *UNICEF*. Obtenido de https://www.unicef.org/peru/_files/notas_prensa/carpetasinformativas/violencia.pdf
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (08 de agosto de 2017). *ALCANCES Y LIMITES DE LA LEY QUE MODIFICA EL PROCESO DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL*. Obtenido de sitio web Legis.pe.
- VILLARREAL CORDOVA, Z. J. (2017). *La Determinación de la Filiación Biológica, en la Maternidad Subrogada, en su variante Heteróloga*. (Tesis para obtener título de abogado), Universidad Nacional de Piura, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Piura.
- ZEMAN, D. (2004). *El síndrome de Pinocho*. Circulo de lectores.

ANEXOS

ANEXO 1. CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN

| CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES | | | | | | | |
|--------------------------------------|-------|-------|--------|-----------|---------|-----------|-----------|
| AÑO | 2018 | | | | | | |
| ACTIVIDADES | Junio | Julio | Agosto | Setiembre | Octubre | Noviembre | Diciembre |
| ETAPA DE ANÁLISIS – METODOLÓGICA | | | | | | | |
| Análisis Previo | X | | | | | | |
| Planteamiento del Problema | X | | | | | | |
| Recopilación y ordenamiento de datos | X | | | | | | |
| Clasificación de datos | | X | | | | | |
| Análisis Crítico e Interpretativo | | X | | | | | |
| ETAPA ELABORATIVA | | | | | | | |
| Análisis metódico | | X | X | X | X | X | |
| Redacción Inicial | | | X | | | | |
| Presentación del proyecto | | | X | | | | |

| | | | | | | | |
|---|--|--|---|---|---|---|---|
| Aprobación del proyecto | | | | X | | | |
| Interpretación de la información | | | X | X | X | | |
| Segunda redacción | | | | | X | | |
| Preparación bibliográfica, citas, anexos y cuadros estadísticos. | | | | | | X | |
| Corrección e impresión de la tesis. | | | | | | X | X |
| Sustentación | | | | | | | X |

ANEXO 2. PRESUPUESTO

Para la elaboración de la presente investigación, y su correspondiente ejecución se ha proyectado los siguientes cuadros de recursos y presupuestos de gastos, los mismos que detallo a continuación. Los recursos utilizados en el presente trabajo de investigación son sustentados por los ingresos del Tesista.

- **Recursos:**

| | | |
|-------------------------------------|--------------------------|---------------------|
| INVERSIÓN A LA INVESTIGACIÓN | | S/. 6,898.60 |
| FUENTE DE FINANCIAMIENTO | INGRESOS PROPIOS. | |

- **Gastos de Presupuesto:**

| RUBRO | CONCEPTO | COSTO |
|-------------------------------|--------------------------------|--------------|
| GASTOS ADMINISTRATIVOS | TASAS ADMINISTRATIVAS | S/. 140.00 |
| | | |
| BIENES | IMPRESORA EMPSON L375 | S/. 750.00 |
| | CARTUCHOS Y TINTA | S/. 100.00 |
| | HOJAS A 4 | S/. 150.00 |
| | MATERIAL DIDÁCTICO | S/. 280.00 |
| SERVICIOS | PASAJES Y VIATICOS | S/. 635.50 |
| | SERVICIO DE COPIAS | S/. 170.80 |
| | SERVICIO DE TRASPORTE | S/. 200.50 |
| | INTERNET E IMPRESIONES | S/. 321.80 |
| | SERVICIO DE ANILLADO EMPASTADO | S/. 250.00 |
| ASESORIA | | S/. 3,900.00 |

ANEXO 03. MATRIZ DE CONSISTENCIA

| Título: Consecuencias Legales en perjuicio de menores en Actos de Violencia Familiar. Nombre del Tesista: Pamela Karolina Silupú Temoche | | |
|--|--|--|
| Problemas | Objetivos | Hipótesis |
| <p>General:</p> <p>¿Cuál es la consecuencia legal de los actos de violencia entre ambos progenitores?</p> <p>Específicos :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Qué relación existe entre el derecho de tenencia y la violencia familiar? 2. ¿A que está supeditada la interpretación del art. 81 del código de niño y adolescentes, referente a la tenencia? 3. ¿Cómo afecta a los niños vivir en un ambiente de violencia familiar? | <p>General:</p> <p>Determinar cuál es la consecuencia legal de los actos de violencia entre los progenitores.</p> <p>Específicas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Determinar la relación que existe entre el derecho de tenencia y la violencia familiar. 2. Analizar a que está supeditada la interpretación del art. 81 del código de niño y adolescentes, referente a la tenencia. 3. Reconocer de que manera se ven afectados los niños que viven en un ambiente de violencia familiar. | <p>General:</p> <p>La consecuencia legal entre los progenitores es la pérdida de tenencia de los hijos toda vez que existiría la vulneración del principio de interés superior del niño al hacerlos convivir con los progenitores agresores ocasionando un desequilibrio emocional en los niños.</p> <p>Específicas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La relación se evidencia, debido a que la violencia familiar es preexistente toda vez que los padres se encuentran en estado permanente de conflicto, lo que traería como consecuencia la pérdida de la tenencia. 2. La interpretación del artículo 81 se encuentra supeditada a la interpretación del interés superior del niño y a la discrecionalidad del juez, no teniendo en cuenta la existencia de ciertos parámetros que ayuden a su otorgamiento o pérdida 3. El que los niños vivan en un ambiente de violencia familiar; afecta su desarrollo a corto, mediano o largo plazo además de las consecuencias físicas, emocionales, psicológicas y el hecho que sean víctimas de realización de actos de alienación parental que se originarían debido a la vivencia de los menores en este tipo de entorno. |

APÈNDICE

➤ Ley 26260 de Protección Frente a la violencia Familiar

Artículo 2.-

A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre:

- a. Cónyuges*
- b. Convivientes*
- c. Ascendientes*
- d. Descendientes*
- e. Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad*
- f. Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.*

Artículos de la ley 27337 Código del niño y Adolescente

- **Artículo 81°.-** Tenencia.- Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.
- **Artículo 82°.-** Variación de la Tenencia.- Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.
- **Artículo 84°.-** Facultad del Juez.- En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y, c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas.
- **Artículo 85°.-** Opinión.- El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.
- **Artículo 87°.-** Tenencia provisional.- Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en el plazo de veinticuatro horas. En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal. Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.
- **Artículo 90°.-** Extensión del Régimen de Visitas.- El Régimen de Visitas decretado por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique.

Ley 30886 que Incorpora el artículo 112-a al Código de los Niños y Adolescentes, sobre autorización especial de viaje de menores

- **Artículo 112-A.-** Autorización especial de viaje de menores: Cuando uno de los padres se encuentre inscrito en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM) creado por la Ley 28970, o haya sido condenado con sentencia firme por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos, sin que se le haya inhabilitado para el ejercicio de la patria potestad, el responsable presentará ante el juzgado correspondiente esta situación a fin de que el juez decida en el plazo máximo de dos días la salida del niño o adolescente sin abrir incidente a prueba ni solicitar la opinión del fiscal, salvo casos excepcionales.

- **Casación 2435-2016**